IL FALLIMENTO

Prof. ALFREDO ROCCO

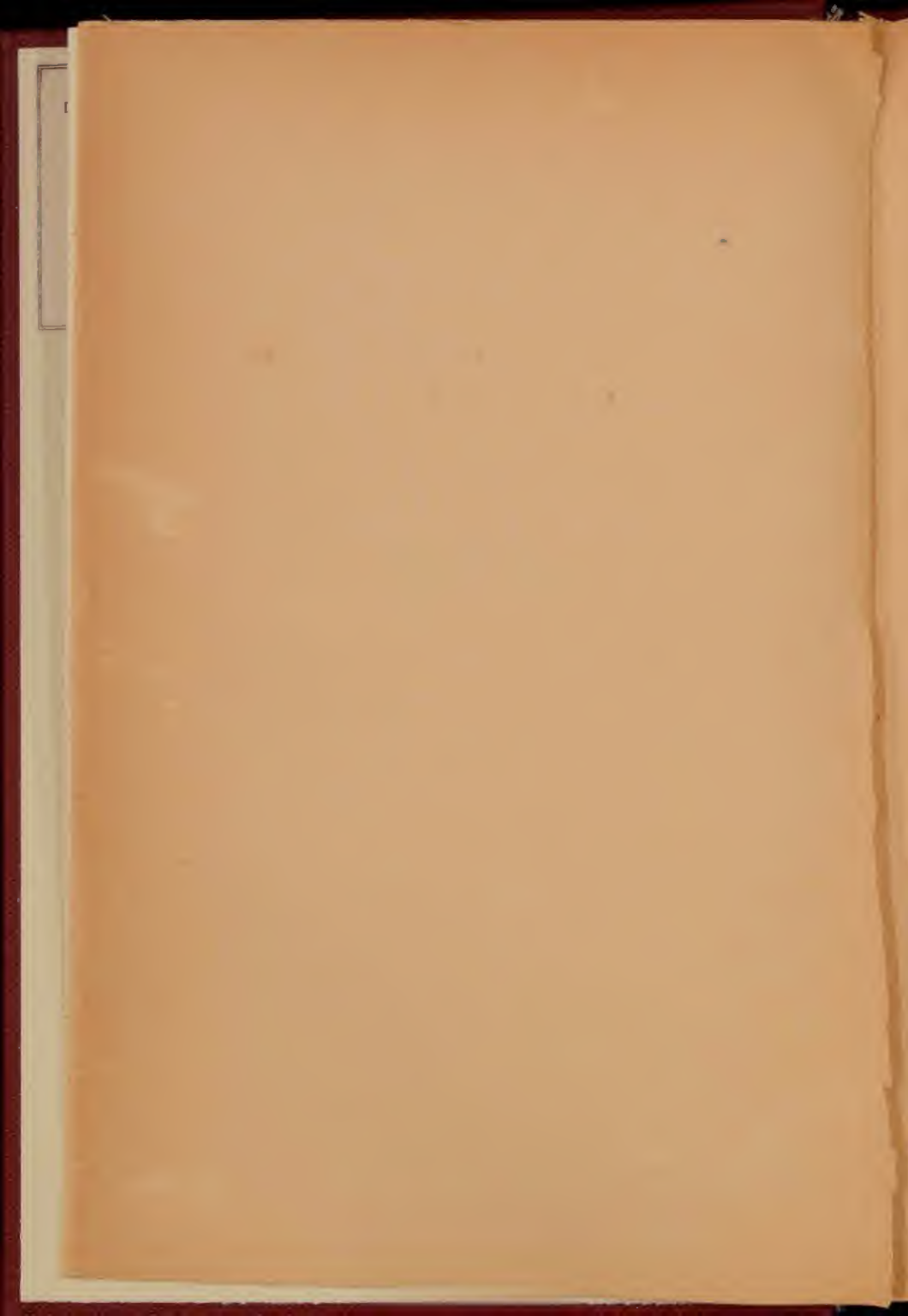
IL FALLIMENTO

Teoria generale ed origine storica.

MILANO TORINO ROMA
FRATELLI BOCCA EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.
Deposito per Napoli e Provincia:
Società Editrice «DANTE ALIGHIERI» (ALBRIGHI, SEGATI E C.) - NAPOLI.

1917

TITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

Il fallimento e il diritto del fallimento.

CAPITOLO I.

Il fallimento dal punto di vista economico.

Sommario: 1. Il fallimento dal punto di vista economico e giuridico. Concetto economico del fallimento. — 2. Distinzione del fallimento dalla inadempienza e dallo spareggio contabile. — 3. La terminologia. — 4. Il fallimento nel mondo civile e nel mondo commerciale — 5. Cause ed effetti del fallimento.

1. Lo studio del fallimento come fenomeno economico è l'indagine preliminare con cui si aprono necessariamente le nostre ricerche: qui, come negli altri campi del diritto, la sostanza determina la forma, e la conoscenza dei rapporti sociali è un presupposto indispensabile per la conoscenza delle norme giuridiche, che quei rapporti vogliono regolare.

Economicamente considerato, il fallimento è un fatto patologico nello svolgimento della economia creditizia: esso è l'effetto dell'anormale funzionamento del credito. Quella forma particolare e perfezionata dello scambio economico, che è lo scambio a credito, in cui la prestazione di una delle parti è attuale, e la controprestazione dell'altra futura, in cui cioè corre un intervallo di tempo

fra prestazione e controprestazione (1), presuppone che fin dal momento, in cui la prestazione anticipata vien fatta, vi sia qualche cosa di attualmente esistente presso chi la riceve, e precisamente vi sia un valore corrispondente alla controprestazione futura, sia pure realizzabile solo al momento, in cui la controprestazione dovrà essere eseguita. Quando del credito si dice che esso è uno scambio di beni presenti con beni futuri, s'intende semplicemente ciò, che lo scambio avviene tra un bene che il datore di credito *ha già a propria disposizione* ed un bene che il ricevente il credito *non ha ancora a propria disposizione*, ossia tra un bene *già realizzato*, e un bene *realizzabile nel futuro*; ma non si pone in dubbio che, fin dal principio, il bene debba presentarsi come realizzabile o disponibile nell'avvenire. Base di ogni atto di credito è sempre *l'aspettativa* di un bene futuro presso chi riceve il credito: aspettativa che essa stessa è un bene, ed un bene presente (2). La *fiducia* è

---

(1) La teoria che fa del credito una sottospecie dello scambio, qualificata precisamente dalla circostanza che un *intervallo di tempo* divide in essa la prestazione dalla controprestazione, può dirsi dominante fra gli economisti. Fondatore e propugnatore fortunato ne fu il KNIES, prima nelle sue *Erörterungen über den Credit* nella " Zeitscrift für Staatswissenschaft ", XV (1859), pag. 568 e seg., e poi, più ampiamente e sistematicamente nell'opera rimasta fondamentale nella materia *Der Credit*, Berlin, 1876-1879, Weidmannsche Buchhandlung, I, pag. 6 e seg. Dopo il KNIES, si pronunciarono nello stesso senso: WAGNER, *Der Credit*, nell' " Handbuch der politischen Oeconomie ", dello SCHÖNBERG, I, pag. 412; NEUMANN, *Volkswirtschaftslehre*, 1873, pag. 133; BÖHM-BAWERK, *Capital und Capitalzins*, pag. 300; NEURATH, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, 1885, pag. 214; LEXIS, nell' " Handwörterbuch für Staatswissenschaft ", pag. 873; GIDE, *Principes d'économie politique*, 7ª ed., 1901, pagine 330-331; VALENTI, *Principî di scienza economica*, pag. 270-371; SCHMOLLER, *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, 6ª ed., Leipzig, 1902-1904, II, pag. 196. V. tuttavia, contro questo ordine d'idee, il libro recente del KOMORZYNSKI *Die Nationalökonomische Lehre vom Credit*, Innsbruck, 1903, specialmente pag. 68-76.

(2) Giustamente osserva il VALENTI, *Principî di scienza economica*, pag. 371: " Perchè si abbia lo scambio a credito la esistenza o la disponibilità del bene futuro non può essere puramente *imaginaria*, bensì deve essere *effettiva*. Mancherebbe altrimenti la ragione della *fiducia*. Se il creditore corre un rischio, questo rischio deve dipendere da circostanze impreviste e indipendenti dalla volontà del debitore e dalla possibilità che questi abbia ad adempiere alla propria promessa. Se così non fosse, è evidente, che lo scambio non avrebbe luogo ". Cfr. LEROY-BEAULIEU, *Traité d'economie politique*, Paris, 1896, III, pag. 357.

appunto la *considerazione* di questa aspettativa da parte del datore di credito: in questo senso è giusto dire che la fiducia è un elemento essenziale dello scambio a credito: se occorre sempre nel ricevente il credito, l'*aspettativa attuale* di un bene futuro, è naturale che nel datore di credito vi sia sempre la *considerazione* di tale aspettativa. Tutto ciò dimostra che vi è un elemento reale anche nel così detto credito personale. Quando si dice che il credito personale si basa sulla persona, si ha riguardo all'uomo o come possessore o come produttore di beni economici, in quanto insomma abbia, per una ragione o per l'altra, o la disponibilità o l'aspettativa della disponibilità dei beni occorrenti per la controprestazione (1). L'uomo infatti non soltanto può possedere capitali, ma, in certo senso, può esso stesso essere considerato come capitale (2). Anche l'individuo ha, invero, una forza di produzione economica, giacchè anch'egli o come imprenditore o come lavoratore può produrre beni economici o valori. Lo scambio a credito funziona normalmente quando l'aspettativa del bene futuro occorrente per la controprestazione, fondata sia su beni attuali posseduti dal ricevente il credito, sia sulla sua capacità di imprenditore e di lavoratore, si dimostra reale e giustificata. Quando invece tale aspettativa o manchi, o non abbia alcun fondamento nella realtà, oppure, esistente in principio, venga in sèguito meno per cause sopravvenute, lo scambio a credito non può perfezionarsi e si produce un perturbamento, che si chiama appunto *fallimento*. Fallimento è dunque la condizione di colui che, avendo ricevuto una

---

(1) " Quando si parla di credito *personale*, ciò non significa ch'esso non si riferisca a beni realmente esistenti e prima o poi percepibili. Il *personale* si riferisce soltanto alla *garanzia del credito*, la quale può esser data o dalla persona, mediante la potenza d'acquisto, e le facoltà, ch'essa possiede in genere, o mediante la cessione di un diritto, ch'essa ha sopra una cosa (credito reale) ". VALENTI, *Scienza economica*, pag. 371-372. Cfr. anche KNIES, *Der Credit*, I, pag. 107; WAGNER, *Del Credito e delle Banche* nel *Manuale di Economia politica* dello SCHÖNBERG, " Bibliot. Economisti ", Serie III, vol. XI, pag. 443.

(2) V. su ciò DE FOVILLE *Ce que c'est la richesse d'un peuple*, nel " Bulletin de l'Institut international de statistique ", XIV (1905), pag. 69 e segg.: PARETO, *Cours d'économie politique*, Lausanne, 1896-1897, n. 90-97, 155; COLETTI, *Il costo di produzione dell'uomo e il valore economico degli emigranti*, nel " Giornale degli Economisti ", 1905, pag. 11 e segg. dell'estratto.

prestazione a credito, non ha a sua disposizione, per l'esecuzione della controprestazione, un valore sufficiente, realizzabile al momento della controprestazione. Il fallimento è perciò uno stato di squilibrio tra i valori realizzabili e le prestazioni da eseguirsi.

2. Questo concetto, in sè assai chiaro, ha bisogno di qualche ulteriore determinazione, che valga a differenziarlo da altri concetti, con cui potrebbe andar confuso.

E, in primo luogo, si deve tener distinto il fallimento dall'*inadempienza*, ossia dalla inesecuzione della controprestazione. L'adempimento o l'inadempimento della controprestazione sono concetti e fenomeni esclusivamente giuridici, mentre il fallimento è anzitutto un fenomeno economico. Certo, il fallimento ha, normalmente, per effetto l'inadempienza, ma non è l'inadempienza. Può darsi invero inesecuzione della controprestazione senza fallimento: quando l'inesecuzione avvenga per mala voglia o per errore, o per negligenza del creditore. In tal caso lo scambio a credito funziona ugualmente, e la controprestazione viene ottenuta dal datore di credito, con i mezzi posti a sua disposizione dall'ordinamento giuridico (1). Al contrario, può esservi fallimento senza inadempimento, allorchè il debitore, malgrado la sua impotenza a pagare, mantenga i suoi impegni, sia adoperando mezzi fraudolenti, sia abusando del credito, cioè facendosi fare altre anticipazioni su valori inesistenti o irrealizzabili. Si ha, anche in questo caso, vero e proprio fallimento, per quanto dissimulato, e la dissimulazione si compie trasferendo la perdita conseguente alla operazione di credito mal riuscita, dalla economia del creditore attuale a quella di un altro creditore (2). Perchè vi sia fallimento, in senso economico, è necessario e sufficiente che il debitore si trovi nella impossibilità di realizzare i valori occorrenti al pagamento dei suoi debiti, per l'epoca della scadenza.

In secondo luogo si deve tener distinto il fallimento dallo *spareggio aritmetico* o *deficit*, che è un concetto e un fenomeno pura-

(1) Knies, *Der Credit*, pag. 202 e seg.

(2) V. Pantaleoni, *Storia della caduta della Società generale di credito mobiliare italiano* nel " Giornale degli Economisti ", serie 2ª, vol. XI (1905), pagine 441 e seg.

mente contabile. Dal punto di vista contabile si ha pareggio, quando il complesso dei valori, che costituiscono l'attivo del patrimonio, uguaglia il complesso dei debiti che ne costituiscono il passivo, e spareggio, quando l'attivo risulta inferiore al passivo. Dal punto di vista economico, invece, se si vuol constatare l'esistenza o meno dello stato di squilibrio o fallimento occorre tener conto non solo della *quantità*, ma anche della *realizzabilità* dei valori costituenti l'attivo e non solo della *quantità*, ma anche della *scadenza* dei debiti costituenti il passivo: e si ha pareggio o equilibrio allorchè ai debiti fanno riscontro altrettanti valori realizzabili alle rispettive scadenze, e spareggio nel caso inverso. Quindi può trovarsi in perfetto stato di equilibrio *economico* quel debitore, il cui attivo inventariato sia inferiore al passivo, ma che possa disporre di un largo credito dovuto alla sua abilità di imprenditore, alla sua capacità di lavoratore, al margine lasciato dall'interesse dei suoi capitali o dalla rendita delle sue terre; giacchè l'aspettativa dei beni futuri che in tal modo gli deriveranno, è, alla sua volta un bene attuale, realizzabile mediante l'uso del credito. Al contrario, può prodursi squilibrio economico, anche se l'attivo bilanciato superi il passivo, per semplice incaglio o immobilizzazione di capitali (1), giacchè, nel computo dei valori di cui può disporre il debitore, i beni costituenti le sue attività debbono essere calcolati non già al prezzo d'acquisto o a quello che se ne potrebbe ricavare in una comoda liquidazione, ma al prezzo che avrebbero, qualora venissero realizzate *per le scadenze dei debiti da soddisfare con essi*, sia mediante alienazione effettiva, sia mediante anticipazioni sul loro valore.

3. Fatte queste distinzioni, è da osservare ancora, che i tre concetti di: inadempienza, spareggio o deficit, e fallimento, non trovano la loro espressione in termini che corrispondano esattamente a ciascuno dei tre fenomeni. Così non è vero, come pur si potrebbe credere, che la parola *insolvenza* stia, nell'uso del linguaggio economico e giuridico, a designare l'*inadempienza*; che la parola *insufficienza* stia a designare il deficit contabile, e la parola *insolvibilità*, il fallimento. È vero invece che si parla comune-

---

(1) Pantaleoni, *op. cit.*, vol. X, pag. 515 e seg.; vol. XI, pag. 452 e segg.

mente di *insolvenza*, di *insufficienza* e di *insolvibilità* anche a proposito del fallimento. Anzi, tanto la " insolvenza " quanto la " insolvibilità ", di regola, designano il fallimento o squilibrio economico, mentre la " solvenza " o " solvibilità " designano lo stato di equilibrio. Perciò, chiarita l'essenza dello stato di fallimento, noi adopreremo promiscuamente le espressioni " fallimento ", " insolvenza ", " insolvibilità " per designare lo stato di squilibrio economico, e le espressioni " solvenza ", " solvibilità " per designare lo stato normale o di equilibrio.

4. Come fatto economico il fallimento non è fenomeno proprio di una determinata specie di produzione; più della industria commerciale, che della manifatturiera o della agricola: esso invece, che è un perturbamento dell'economia *creditizia*, può verificarsi e si verifica dovunque è usato lo scambio a credito. Non occorre neppure che al credito si ricorra sistematicamente, nè è vero che solo di fronte a una pluralità di operazioni di credito il fenomeno possa verificarsi. Vero è invece che la possibilità del fallimento accompagna ogni operazione di credito, anche isolata: lo squilibrio tra le prestazioni da eseguirsi e le attività a quella scadenza realizzabili, può verificarsi anche se la prestazione sia una sola; è decisivo unicamente il fatto che i valori realizzabili, per quanto numerosi, non riescano a farvi fronte. Certo, come fenomeno inerente allo scambio a credito, il fallimento sarà più frequente e più importante là dove il credito è più usato (come, per es., nell'industria commerciale): ma, nella economia odierna, che è in tutte le sue manifestazioni, essenzialmente creditizia, il fenomeno si verifica in ogni specie di produzione e presso tutte le categorie di produttori. Ciò che può, invece, variare, è la *valutazione concreta del fenomeno*. Là dove è più usato il credito personale e dove le scadenze sono più precisamente e rigorosamente determinate (come nell'industria commerciale) nel computo dei beni, di cui il debitore può disporre, avranno da un canto particolare importanza, le *aspettative attuali di beni futuri*, specie dei profitti futuri dell'impresa, che sarà facile realizzare mediante altre operazioni di credito, ma d'altro canto si dovrà procedere con maggior cautela nella valutazione degli altri beni attuali, che, appunto per il rigore e la brevità delle scadenze, non debbono essere presi in calcolo, se non in quanto siano *immediatamente realizzabili*, o, come si dice, costitui-

scano *attività liquide*. Invece, là dove il credito personale è meno usato, il rigore e la brevità delle scadenze minore (come nell'industria agricola), il computo economico si avvicina molto di più al computo aritmetico per la verificazione dell'esistenza o non, dello squilibrio. Ma, in sè, il fallimento è un fenomeno economico unico, il quale consiste sempre *nel prodursi in una data economia individuale, di uno squilibrio tra il complesso dei valori attualmente realizzabili e il complesso delle passività di scadenza attuale che la gravano*.

5. Da quanto si è detto, è facile desumere quali siano le *cause* e quali gli *effetti del fallimento* dal punto di vista economico. Il fallimento può verificarsi per cause *preesistenti* alla costituzione del rapporto di credito o per cause *sopravvenute* dopo tale costituzione. Nel primo caso il fallimento è dovuto a ciò che l'atto di credito fu compiuto in violazione della legge fondamentale che, come abbiamo veduto, presiede a questa forma più perfezionata di scambio economico: fu compiuto cioè senza che il ricevente il credito avesse almeno la sicura aspettativa di realizzare, all'epoca della controprestazione, il bene occorrente per eseguirla. Se lo scambio a credito deve avor sempre una base attuale, e precisamente deve averla in un valore esistente attualmente, sia pure in potenza, quando ciò non avviene, lo squilibrio, in cui appunto il fallimento consiste, sorge contemporaneamente alla costituzione del rapporto di credito. In questo caso il fallimento è effetto di un vero e proprio abuso del credito. Ma può darsi altresì, benchè ciò avvenga più di rado, che lo squilibrio si produca per cause sopravvenute, e perciò dopo la costituzione del rapporto di credito, o perchè i valori esistenti nell'economia di chi ha ricevuto il credito, ivi comprese le aspettative di beni futuri, siano in tutto o in parte venuti meno, o perchè (e ciò economicamente vale lo stesso) questi valori siano divenuti in tutto o in parte irrealizzabili. Avviene anche sovente che l'una e l'altra causa di squilibrio concorrano: può darsi che l'equilibrio sia mantenuto fino a un dato momento, ma che, rottosi per qualunque ragione, sia stato dissimulato mediante operazioni di credito allo scoperto successivamente ripetute, fino a che lo squilibrio sia divenuto tale da non potersi più nascondere.

Quanto agli *effetti economici* del fallimento, esso non solo produce

una perdita per le economie private di coloro che vennero in rapporto di credito col fallito, ma dà luogo altresì ad una dispersione di capitali, che va a danno di tutta l'economia pubblica. Per la nota legge del concatenamento del credito, il fallimento si ripercuote poi spesso in una serie indefinita di altre economie, producendo arresti e talora vere crisi. A doppio titolo adunque il fallimento deve considerarsi come un fenomeno, la cui importanza eccede la economia privata, e interessa tutta la pubblica economia: ciò che non ha poca importanza anche per la regolamentazione giuridica dei rapporti che ne derivano.

CAPITOLO II.

Il fallimento dal punto di vista del diritto privato e del diritto processuale.

§ 1.

L'obbligazione e la sua realizzazione.

Sommario: 6. Il diritto privato e processuale del fallimento e il suo principio fondamentale. — 7. Il concetto odierno della obbligazione. — 8. La coercibilità nella obbligazione. — 9. Ragioni della incoercibilità diretta della obbligazione. — 10. Organizzazione della coazione indiretta. — 11. Influenza della organizzazione della coazione indiretta sulla struttura del diritto di credito; il diritto del creditore sul patrimonio. — 12. Rapporto personale e rapporto reale nell'obbligazione: debito e responsabilità.

6. Giuridicamente considerato, il fallimento è il complesso delle norme di diritto che regolano il fatto economico del fallimento. Come fenomeno sociale, il fallimento interessa non solo il diritto privato e il diritto processuale, ma anche il diritto penale. Interessa il diritto privato e processuale, perchè esso, turbando il normale svolgimento del rapporto di credito, pone in pericolo il diritto del creditore; interessa il diritto penale, perchè il perturbamento che questo fenomeno produce sul credito privato si ripercuote sul credito pubblico, e viola così il diritto dello Stato, a cui spetta appunto la tutela del pubblico credito.

Dal punto di vista del diritto privato e processuale il principio fondamentale su cui poggia la regolamentazione giuridica del fallimento è la norma, scritta negli art. 1948 e 1949 Cod. civ.: " chiunque

sia obbligato personalmente è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri; i beni del debitore sono la *garantia comune* dei suoi creditori, e questi vi hanno tutti un uguale diritto, quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione „. Questa norma, molto frequentemente richiamata, ma il cui vero valore sfugge generalmente agli autori stessi che la richiamano, ha, invece, una importanza capitale per la determinazione del concetto odierno dell'obbligazione e per la spiegazione del sistema della sua redizzazione nel diritto moderno, al quale appartengono appunto le norme giuridiche, che regolano il fallimento.

7. Poichè il principio dell'art. 1949 è legato al concetto odierno dell'obbligazione, bisogna partire da questo concetto, che è uno dei più controversi della scienza del diritto (1). Noi consideriamo la particolare struttura formale del diritto di obbligazione come una conseguenza della particolar natura dell'*interesse*, che ne costituisce il contenuto sostanziale (2): qui, come dovunque, nel campo del diritto, la sostanza determina la forma e ne spiega gli

---

(1) Rivista delle dottrine in Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*. Berlin, 1889, pag. 7-17; in Oertmann, *Der Dinglichkeitsbegriff*. nei " Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. und deutschen Privatrechts „. XXXI (1892), pagine 416-427, in Puntschart, *Die moderne Theorie des Privatrechts*, Leipzig, 1893, pag. 125-231. La controversia intorno alla natura del diritto d'obbligazione e alla differenza tra diritti di obbligazione e diritti reali, sembra da alcuni anni sopita in Germania. Essa ha occupato, invece, negli ultimi anni, la dottrina italiana, specie dal punto di vista romanistico: cfr. Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903; Carusi, *Sul concetto dell'obbligazione*, negli " Studi in onore di V. Scialoja „, I, pag. 121 e segg.; Arangio Ruiz, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano*, nell' " Archivio giuridico „, LXXI (1908), pag. 361 e segg.

(2) Hasenhöhl, *Das österreichische Obligationenrecht*, 2ª ed., Wien, 1892-1899, I, pag. 2. Il concetto del diritto subiettivo più accolto è quello formulato con precisione dal Bernatzik, *Die juristische Persönlichkeit der Behörden*, Frei-burg, 1890, pag. 25 e segg. e dallo Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Freiburg, 1905, pag. 41 e segg., dai quali il diritto subiettivo viene definito " un interesse giuridicamente protetto mediante il riconosci-mento della volontà che lo prosegue „ (fusione delle due concezioni del Wind-scheid [signoria della volontà] e dello Jhering [tutela di un interesse]). Cfr. anche Oertmann, *op. cit.*, pag. 440.

speciali atteggiamenti. L'interesse tutelato nel diritto di obbligazione è *l'interesse alla cooperazione altrui per il soddisfacimento dei proprî bisogni*. L'uomo può, talora, soddisfare da sè i propri bisogni, mediante l'esplicazione delle sue facoltà; altre volte, invece, deve, per soddisfarli, ricorrere alla cooperazione altrui. Nel primo caso, si determina in lui un interesse di pura *conservazione*, un interesse alla libera estrinsecazione delle sue facoltà. Nel secondo caso si determina un interesse alla *cooperazione*, un interesse a ottenere la prestazione di un fatto altrui (1). Nei diritti reali sono tutelati interessi della prima specie, nei diritti di obbligazione interessi della seconda. E precisamente, il diritto reale è l'interesse, tutelato dal diritto, al godimento totale o parziale di una cosa del mondo esterno (2); il diritto di obbligazione è l'interesse, tutelato dal diritto, alla prestazione di un fatto altrui di valore patrimoniale (3). Certo, poichè il diritto è ordinamento dei rapporti esterni,

---

(1) Lo Schey, *Ueber die Structur der Forderungsrechte*, nella " Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, IX (1882), pag. 361, chiama gli interessi umani, nel primo caso, *difensivi*, nel secondo, *aggressivi*.

(2) Cfr. Sohm, *Der Begriff des Forderungsrechts*, nella " Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart ", IV [1877], pag. 457; Schey, *Ueb. die Structur der Forderungsrechte*, pag. 362.

(3) Noi consideriamo dunque l'obbligazione come un *diritto ad un'azione altrui* per il soddisfacimento di un bisogno o — il che torna lo stesso — *per la realizzazione di un interesse del titolare* [tutto ciò che soddisfa a un bisogno umano è un *bene*, e, subiettivamente considerato, è un *interesse* o *scopo*; e precisamente è un *interesse*, in quanto è percepito dall'*intelligenza*: è *scopo* in quanto è proseguito dalla *volontà* del subietto]. In questa concezione dell'obbligazione sono posti in rilievo tanto il momento dell'*azione*, quanto il momento dello *scopo*. Il momento dell'azione è certamente essenziale, come ritiene giustamente la dottrina dominante (Ziebarth, *Die Realexecution und die Obligation*, Halle, 1866, pag. 24 e segg.: Ryck, *Die Obligatio*, Leipzig, 1878, pag. 14 e segg.; Sohm, *Der Begriff des Forderungsrechts*, pag. 456; Schey, *Structur der Forderungsrechte*, pag. 361-362; Kuntze, *Die Obligationen im römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1886, pag. 90 e segg.; Windscheid-Kipp, *Pand.*, II, § 250, pag. 2, § 252, pag. 11-12, § 343 a pag. 403-404, nota 6; Dernburg, *Lehrb. d. preuss. Privatrecht*, 5ª ed., II, Halle, 1897, pag. 1-2; Förster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, I, pag. 345; Hasenhörl, *Oesterr. Obligationenrecht*, I, pag. 3; Siber, *Der Rechtszwang im Schuldverhältniss*, Leipzig, 1903, pag. 3, 17, 253; Polacco, *Obbligazioni*, Padova, 1898, pag. 10 e segg.; Ferrini, *Pandette*, numeri 86, 404-407). L'opinione dello Hartmann, pag. 33 e segg., che sia invece essenziale il momento dello scopo, cioè il soddisfacimento di un

ossia dei rapporti dell'uomo con gli altri uomini, anche la tutela che il diritto presta agli interessi di pura conservazione, consiste in precetti, rivolti a coloro che tali interessi potrebbero turbare, coi quali si impone ad essi un determinato comportamento. Anche il diritto reale perciò è, come l'obbligazione, diritto ad un determinato comportamento. Ma la differenza tra i due casi sta in ciò, che nel diritto d'obbligazione il comportamento (positivo o negativo) dell'obbligato è condizione perchè il titolare *acquisti un bene che non ha*, mentre nel diritto reale il comportamento (negativo) dell'obbligato è condizione perchè il titolare *conservi un bene che ha*. Nell'obbligazione l'azione (positiva o negativa) del subietto passivo è causa del soddisfacimento di un interesse del titolare; nel diritto reale il soddisfacimento dell'interesse del titolare è causa dell'azione negativa del subietto passivo. Un confronto tra due casi che hanno tutte le apparenze della identità, il rapporto meramente obbligatorio di non sopraelevare, e la *servitus altius non tollendi*, renderà evidente la differenza tra le due situazioni. Nel primo caso, il titolare del diritto gode dello spazio, in quanto l'obbligato è tenuto a non sopraelevare, e non sopraelevi: nel secondo, il titolare gode dello spazio, indipendentemente dal proprietario del fondo su cui grava la servitù, e in conseguenza di ciò, questo è tenuto a non sopraelevare: qui il titolare del diritto ha già, per sè, il godimento dello spazio: là non lo ha se non per il fatto dell'obbligato, in conseguenza del comportamento negativo di questi. Tale differenza di contenuto sostanziale tra diritti reali e diritti di obbligazione, spiega tutte le differenze di forma, e ci rende ra-

---

determinato interesse del titolare, è rimasta isolata. Giustamente, fra l'altro, osservava il Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pag. 205, che " il momento dello scopo non appartiene al concetto dell'obbligazione in più alto grado che a quello di ogni altro diritto: ogni comando ha per iscopo il soddisfacimento di un interesse, ogni divieto il godimento di un bene ". È il Ryck, *Die Obligatio*, pag. 15: " Un diritto di ricevere soltanto qualche cosa, senza riguardo a un determinato obbligato, da cui si deve ricevere, sarebbe inconcepibile ". Ma d'altro canto è pur vero che il solo momento dell'azione non è sufficiente a caratterizzare l'obbligazione. Ogni diritto è diritto ad un'azione, cioè ad un determinato comportamento: ma nel diritto di credito l'azione ha questo di particolare, che è diretta a *procurare* un bene al titolare perchè appunto e solo mediante l'azione dell'obbligato l'interesse dello avente diritto è soddisfatto (Cfr. Schey, *op. cit.*, pag. 361).

gione dei particolari caratteri formali del diritto di obbligazione. Dal punto di vista *formale* il diritto di obbligazione è anzitutto un diritto *relativo*, il cui subietto passivo, cioè, è una persona *determinata* o, almeno, *determinabile*, mentre i diritti reali, in cui vengono tutelati interessi di conservazione, sono diritti *assoluti*, nei quali figurano come subietti passivi tutti i consociati. Se, infatti, l'obbligo di cooperare a nostro vantaggio non può spettare che a determinate persone, l'obbligo invece di rispettarci nella esplicazione delle nostre facoltà incombe necessariamente su tutti (1). In secondo luogo (e questa caratteristica formale dell'obbligazione ci interessa più da vicino) il diritto di obbligazione si esaurisce in una pura *pretesa*, mentre i *diritti reali* comprendono i due elementi della *facoltà di agire* e della *pretesa*. Studiando i varî tipi di diritti subiettivi, noi troviamo in molti di essi un lato interno e un lato esterno, mentre in taluni il lato interno manca. Il lato esterno, che esiste in tutti i diritti, che è essenziale anzi al concetto stesso del diritto subiettivo, è l'assoggettamento della volontà altrui, in cui appunto consiste la tutela concessa dal diritto obiettivo agli interessi umani (2). Tale assoggettamento, effetto del

---

(1) Anche nei diritti assoluti, e perciò nei diritti reali, sono sempre uomini i subietti passivi dei diritti. I diritti reali sono *poteri di fatto* sulla cosa tutelati dal diritto di fronte a tutti. Questo e non altro deve intendersi quando si dice che il diritto reale è un *potere immediato* sulla cosa (Cfr. Lenel, *Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, pag. 11). Un diritto presuppone sempre un obbligato, e se la persona dell'obbligato nei diritti reali sembra obliterata, ciò avviene perchè in essi sono obbligati *tutti* i consociati, invece che determinate persone. Cfr. su ciò specialmente Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, pag. 11 e segg.; Oertmann, *Der Dinglichkeitsbegriff*, pag. 419 e segg.

(2) Il diritto subiettivo implica necessariamente un assoggettamento di volontà; l'assoggettamento è direttamente effetto del comando o divieto contenuto nella norma giuridica, è assoggettamento della volontà dell'individuo a quella della collettività, ossia dello Stato. Ma poichè tale assoggettamento ha per iscopo di garantire un interesse umano, il titolare di questo interesse (subietto attivo del diritto) ne *approfitta*, e la volontà dell'obbligato rimane vincolata, anche di fronte a lui, cioè assoggettata anche alla sua. Se va dunque troppo in là il Windscheid (*Pand.*, I, § 37, II, § 250), dicendo che la volontà del titolare è *regolatrice* per il comportamento dell'obbligato, giacchè regolatrice è solo in realtà la volontà dello Stato contenuta nella norma, non è neppure esatta l'affermazione del Thon, *Rechtsnorm*, pag. 216-217, che l'inte-

comando o del divieto dell'ordinamento giuridico, pone il titolare del diritto nella possibilità di esigere dal subietto passivo un determinato comportamento. Noi chiamiamo *pretesa* questa possibilità (che in senso lato è anch'essa una facoltà, ma non è, propriamente, una facoltà di agire). In taluni diritti, oltre il lato esterno, è anche un lato interno: il titolare non solo tiene assoggettata a sè la volontà altrui, ma ha una sfera d'azione libera, in cui può agire a suo talento per il soddisfacimento dei suoi bisogni: alla pretesa si aggiunge la *facoltà di agire*. Ora, mentre nei diritti reali, in cui è tutelato l'interesse del titolare al godimento di un bene del mondo esterno, l'avente diritto può da un lato esplicare le proprie facoltà rispetto alla cosa per il soddisfacimento dei suoi bisogni, dall'altro pretendere da tutti il rispetto di tale esplicazione, ossia un comportamento negativo, nei diritti di obbligazione, tutto il contenuto del diritto si riduce nella possibilità di esigere dall'obbligato un certo comportamento. Là vi è facoltà e pretesa: qui solo pretesa (1).

---

ressato è puramente passivo di fronte alla tutela che l'ordinamento giuridico concede al suo interesse. È vero che l'assoggettamento della volontà dell'obbligato a quella del titolare del diritto è un effetto indiretto o riflesso del comando o divieto contenuto nella norma, ma non si può negare che sia pure indirettamente e per mezzo dell'imperativo dell'ordinamento giuridico, il titolare dell'interesse tutelato acquisti una supremazia sulla volontà dell'obbligato. Concetti precisi sulla *pretesa come elemento* del diritto in RAVÀ, *I dir. sulla propria persona*, pag. 127-128.

(1) Osserva giustamente il SOHM, *Der Begriff des Forderungsrechts*, nella " Zeitschrift „ di GRÜNHUT, 1877, pag. 459: " L'obbligazione è un diritto che consiste solo in un obbligo dell'altra parte, e non in una facoltà del titolare. Non vi è neppure un solo atto al quale il creditore sia autorizzato in forza del diritto di credito. Per questa ragione l'esercizio del diritto di credito (poichè esercizio di un diritto è la realizzazione del suo contenuto) è possibile non mediante un atto proprio del creditore, ma solo mediante un atto del debitore (pagamento) „. E cita l'esempio della locazione: " Il conduttore secondo il diritto romano e ugualmente secondo il diritto comune attuale, che è anche diritto romano, non è autorizzato ad abitare la casa locata, a entrarvi, a trattenervisi, ecc. Se egli fosse autorizzato a ciò, egli avrebbe un diritto reale (il diritto di agire su una cosa determinata) non un semplice diritto di credito. Ma perchè egli ha solo un diritto di credito, egli ha solo il diritto che il locatore ve lo lasci abitare, gli garantisca il *frui* „. E più oltre (pag. 472): " il diritto reale è un diritto di *agire da sè*; il diritto di credito è solo un diritto che *un altro agisca* „. Cfr. anche RAVÀ, *I diritti sulla propria persona*, Torino, 1901, pag. 129.

Infine, la terza caratteristica formale dei diritti di obbligazione che ci interessa, e che è in istretta connessione con le due precedenti, sta in ciò, che l'obbligazione si presenta come un diritto *senza oggetto* (1), mentre i diritti reali hanno di necessità un oggetto (*res*), su cui si esplica la facoltà d'agire del titolare.

8. Queste caratteristiche del diritto di obbligazione, di cui la più saliente è certamente la mancanza di una *facultas agendi* nel titolare, si riflettono sulla sua *coercibilità*. Con tale espressione designiamo la *possibilità*, inerente, come elemento essenziale, ad ogni diritto, dell'impiego della forza meccanica o fisica (*coazione*) per la sua realizzazione. La possibilità della coazione può essere immediata o attuale, oppure soltanto mediata o eventuale. Non occorre, infatti, per l'esistenza del diritto, la comminatoria attuale dell'impiego della forza fisica, per il caso di trasgressione: è anche solo sufficiente che tale violazione, possa, in ultima analisi, condurre all'impiego della forza fisica. La violazione del diritto (obbiettivo e subbiettivo) dà, anzi, luogo, di regola, alla nascita di un altro rapporto giuridico, s'intende, svantaggioso pel trasgressore; e così di seguito, spesso per una lunga catena; ma, in ultima analisi, si deve finir sempre con la nascita di un diritto verso il trasgressore, la cui violazione dà luogo all'impiego della forza fisica per la sua realizzazione. Così, ad esempio, la trasgressione del divieto di uccidere, posto dalla legge penale, non dà luogo che alla nascita di un nuovo rapporto giuridico: il diritto dello Stato di punire e l'obbligo del reo di sottostare alla pena; solo la violazione di questo diritto dello Stato dà luogo all'uso della forza fisica per la sua forzata realizzazione (2). Noi possiamo così distin-

(1) Che l'obbligazione sia un diritto senza oggetto fu già intuito dal Sohm, *Der Begriff des Forderungsrechts*, pag. 473: " Il diritto di credito è il diritto *ad un'azione*, non *su* un'azione (Puchta). Con ciò si esprime che il suo oggetto non è attuale (diritto su qualche cosa) ma futuro. *Mentre il diritto reale ha per presupposto l'esistenza del suo oggetto, il diritto di credito ha per presupposto la non esistenza in esso* „. Benissimo poi Ravà, *op. cit.*, pag. 130: " l'oggetto nel senso di qualche cosa sottoposta al nostro potere nel diritto di obbligazione manca assolutamente „.

(2) Cfr. per qualche relazione, Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pag. 7 e segg.; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903-1906, I, pag. 164 e segg.; Rocco Arturo, *Sul c. d. carattere sanzionatorio del diritto penale*, estr. dalla " Giur. it. „, 1910, pag. 15 e segg.

guere due categorie di diritti: diritti *immediatamente coercibili* e diritti solo *mediatamente coercibili*: i primi sono senz'altro realizzabili, in caso di violazione, con l'impiego della forza fisica o meccanica: i secondi dànno soltanto luogo, in caso di violazione, all'esercizio di un altro diritto, immediatamente o anch'esso, alla sua volta, solo mediatamente coercibile. Or, mentre i diritti reali sono, di regola, immediatamente coercibili, i diritti di obbligazione, di regola, non lo sono.

9. Per spiegarsi come ciò avvenga, bisogna partire da un'osservazione fondamentale. L'azione umana, estrinsecazione di volontà e quindi prodotto di una forza psichica, si sottrae, per sua natura, all'imperio delle forze fisiche o meccaniche, non può essere meccanicamente nè soppressa nè creata. Si può, con l'uso della forza fisica, modificare gli effetti fisici dell'azione umana, ma non si può modificare l'*azione* umana: non vi è alcuna forza meccanica la quale possa far che sia un'azione mancata, o far che non sia un'azione verificatasi, perchè non si può nè creare, nè distruggere la volontà. Ciò si esprime con la frase: l'azione umana è, in sè, *incoercibile* (1). Ciò posto, vediamo che cosa avviene in caso di violazione di un diritto reale. I diritti reali, in cui è tutelato il godimento di una cosa del mondo esteriore, presuppongono, come si è veduto, un potere di fatto sulla cosa, e una serie di facoltà di agire rispetto alla medesima, garantite di fronte a tutti i consociati. Se taluno dei moltissimi obbligati commette una illecita invasione nella sfera di azione del titolare e turba a questi il

---

(1) L'osservazione che l'azione umana è un qualche cosa di transeunte, di essenzialmente libero, e quindi di incoercibile fu fatta per la prima volta dal Brinz, *Kritische Blätter*, III, pag. 3 e segg. Sulla coercibilità dell'azione umana v. anche Ziebarth, *Die Realexecution und die Obligation*, pag. 27 e segg. L'osservazione dello Ziebarth, pag. 29, che anche l'azione umana deve dirsi in un certo senso, coercibile, in quanto è possibile infliggere all'obbligato un tal male da determinarlo a volere, fraintende il senso, in cui dal Brinz (come da noi nel testo) si parla di coercibilità dell'azione. Non si nega che l'azione possa essere il risultato di un costringimento usato alla volontà, il quale costringimento, appunto perchè agisce su una facoltà psichica, è sempre psichico, per quanto qualche volta effetto di una forza fisica (timore di un male fisico). Si nega, invece, che la forza fisica possa tener luogo dell'azione e della volontà, *mancanti*, possa creare artificialmente l'azione.

godimento della cosa, la sua azione illecita certamente permane, nè alcuna forza meccanica la può distruggere, come nessuna forza meccanica può creare invece quel comportamento negativo a cui egli era tenuto. Ma si può, mediante l'uso della forza fisica, eliminare gli effetti dell'azione illecita, e creare quella condizione di cose, che si sarebbe avuta, se l'obbligato avesse tenuto il comportamento che doveva. Se, in altri termini, è stato posto un ostacolo materiale al godimento della cosa, questo ostacolo può essere eliminato. E ciò fatto, la facoltà di agire del titolare rispetto alla cosa rimane pienamente libera, il suo potere di fatto può essere ancora completamente esercitato. La pretesa è stata inesorabilmente violata, ma la facoltà di agire permane e, mediante l'uso della forza fisica, può sempre essere esercitata; ciò significa che il diritto reale può essere esercitato, con l'ausilio della forza meccanica, malgrado la violazione da parte di taluno degli obbligati. Ben diversamente invece stanno le cose per il diritto di obbligazione. Qui non c'è sfera d'azione libera, non c'è facoltà di agire, e il diritto è unicamente diritto ad un'azione di un subietto determinato. La violazione del diritto di credito produce perciò conseguenze, sotto un certo aspetto più gravi (1). Mancata l'azione dell'obbligato, vien meno ogni possibilità di esercizio del diritto; la forza fisica non può presidiare una facoltà di agire, che non c'è. Lo scopo finale, a cui tendeva l'obbligazione, potrà anche essere, per altra via, conseguito, ma l'interesse specifico, che nel diritto di credito era tutelato, l'interesse cioè a una determinata azione dell'obbligato, non può essere soddisfatto col solo impiego di mezzi meccanici (2).

10. I diritti di credito sono adunque, a differenza dei diritti reali (3), solo *mediatamente coercibili*. Rimane ora a vedere come

(1) Diciamo " sotto un certo aspetto „ perchè sotto un altro aspetto appare più grave la violazione del diritto reale: qui infatti, turbandosi l'esercizio di una facoltà di agire del titolare, di un potere di fatto che egli ha sulla cosa, si reca offesa anche alla sua personalità.

(2) È quindi, in un certo senso, giusta l'affermazione del SOHM, *Der Begriff der Forderungsrechte*, pag. 472-474, che l'obbligazione è bensì diritto ad un'azione, ma ad un'azione *libera* dell'obbligato: infatti solo l'azione dell'obbligato realizza il diritto del creditore.

(3) Può sembrare, qualche volta, che neppure il diritto reale sia coercibile

sia dall'ordinamento giuridico organizzata la coazione indiretta. Due sistemi sono concepibili, e due sistemi hanno appunto tenuto storicamente il campo in questa materia. Il primo consiste nel concedere al creditore la facoltà di agire coercitivamente sulla persona o sul patrimonio del debitore, allo scopo di premere sulla sua volontà per indurlo a eseguire la prestazione. È questo il sistema più semplice, proprio dei diritti meno progrediti. Poichè l'azione del debitore è indispensabile per il soddisfacimento del diritto, il pensiero più semplice è che occorra agire sulla volontà dell'obbligato per provocarla: occorra cioè minacciare ed infliggere un male di tale entità, che il timore di esso costituisca un motivo preponderante di determinazione della volontà. È ben naturale che, in questo ordine di idee, si incominci coi rigori contro la persona, i quali, nelle società primitive, debbono apparire come i più efficaci, e non ripugnano affatto al sentimento giuridico comune. Al diritto di esigere la prestazione dal debitore, è connessa perciò la facoltà di agire coercitivamente sulla persona di lui, in caso di inadempimento. Solo in sèguito, reso più squisito il sentimento della personalità umana, diffusa la proprietà individuale e migliorate le condizioni economiche, si pensa di agire sul patrimonio invece che sulla persona: colpire il debitore nei beni, quando ne ha, può essere infatti altrettanto efficace per vincere la sua ostinazione, quanto il colpirlo nella persona: alla facoltà di porre mano sulla persona del debitore, si sostituisce quella di porre mano sul suo patrimonio: il creditore può impadronirsi del patrimonio e tenerlo, finchè il debitore non paghi. Questo concetto che, nei diritti di credito, la coazione abbia per iscopo di indurre il debitore all'adempimento, permane anche in epoche recenti: le multe, l'arresto personale per debiti, appartengono appunto a questa forma più semplice di coazione indiretta e sono sopravvivenze di quel concetto primitivo. La facoltà di agire sulla persona o sul patrimonio, che si aggiunge al diritto di credito, in caso di inadempimento, forma il contenuto di un diritto distinto dal diritto di credito, di un diritto non più *verso il debitore*, ma *sul debitore* o *sui beni del debitore*, ossia, in sostanza, di

---

direttamente; p. es., nel caso di perimento della cosa: ma ciò avviene, in realtà, perchè è venuto meno addirittura il diritto; nel caso di perimento della cosa, per mancanza di oggetto.

un diritto non più personale e relativo, ma reale e assoluto. Questo diritto è, senz'altro, direttamente realizzabile mediante l'uso della forza fisica (1).

L'altro sistema di coazione indiretta dei diritti di credito risponde ad un pensiero più maturo, che si è svolto più tardi. Poichè, in sostanza, al creditore non interessa tanto che il debitore paghi, quanto gli interessa di ottenere quella utilità che deve derivargli dalla prestazione, si è pensato di dargli modo di procurarsi tale utilità senza la cooperazione, spontanea o costretta, del debitore. Il ponte di passaggio dall'uno all'altro sistema è dato, storicamente, dalla primitiva esecuzione sul patrimonio: il porre mano sui beni, togliendoli al debitore con una specie di sequestro generale, poteva dimostrarsi insufficiente allo scopo di piegare la ribelle volontà dell'obbligato; si pensò quindi di cedere i beni ad una terza persona a patto che, sostituendosi al debitore, soddisfacesse i creditori (2). A questo punto riuscì facile semplificare la cosa e dare ai creditori la facoltà di soddisfarsi sul patrimonio, senza alcun terzo intermediario. Tale è appunto il sistema delle legislazioni moderne: se il debitore non adempie l'obbligazione, l'ordinamento giuridico passa oltre la sua volontà e soddisfa sul patrimonio l'interesse, che doveva essere soddisfatto dalla prestazione.

11. Questa evoluzione non è stata senza influenza sulla struttura dello stesso diritto di credito. Vale dunque la pena che ne consideriamo più da vicino gli effetti.

L'abbandono dei mezzi di coazione diretti a premere sulla volontà dell'obbligato significa rinunzia alla realizzazione forzata, sia pure, mediante coazione semplicemente indiretta, dello specifico interesse tutelato nel diritto di credito (interesse *a un'azione* del debitore) e quindi del diritto di credito in sè. Il diritto di credito diventa non solo direttamente, ma anche indirettamente, irrealizzabile con la forza. Mentre, nel sistema della esecuzione mediante costringimento della volontà (esecuzione personale, esecuzione patrimoniale del primo periodo) realizzando il diritto accessorio sulla

(1) Cfr. più oltre, tit. II, cap. I.

(2) V., su questa evoluzione, il tit. II, cap. I, n. 49 e segg.

persona o sul patrimonio, si realizza (salvo il caso di assoluta impotenza del debitore) anche il diritto di credito, nel sistema della esecuzione mediante soddisfacimento del patrimonio, si realizza un diritto (sul patrimonio) da quello totalmente distinto che costituisce bensì un equivalente del diritto di credito, ma la cui realizzazione non implica affatto, anzi concettualmente esclude la realizzazione di questo. L'affermazione può sembrare ardita a prima vista, ma, meglio esaminata, apparirà esattissima. Il creditore che agisce esecutivamente sul patrimonio del debitore non mira certo ad ottenere, nè ottiene, la specifica realizzazione del suo diritto, vale a dire quella determinata azione del debitore, che è oggetto della sua pretesa. Egli ottiene, invece, una somma di danaro ricavata dalla vendita dei beni del debitore (1). Ciò significa:

---

(1) Ciò è vero anche nei casi in cui si parla di una coazione all'adempimento specifico. I casi che si citano sono, in sostanza, i quattro seguenti: 1° quando la prestazione consiste nel dare una cosa determinata individualmente che si trovi in natura presso il debitore: il creditore può farsela consegnare con la forza; 2° quando la prestazione consiste nel dare una cosa determinata genericamente; il creditore può acquistarla a spese del debitore, 3° quando la prestazione consiste in un fare fungibile: il creditore può fare eseguire l'opera a spese del debitore (cod. civ., art. 1220); 4° quando la prestazione consiste in un non fare, il cui inadempimento dia luogo ad un fatto permanente, che può essere distrutto: il creditore può farlo distruggere a spese del debitore (art. 1222). Cfr. Giorgi, *Obbligazioni*, II, n. 104. Quanto al primo caso, credo che sia da mettersi totalmente in disparte. Se la prestazione consiste nel dare una cosa determinata individualmente, è assai dubbio che sia possibile una esecuzione forzata mediante una diretta apprensione della cosa, invece che mediante realizzazione per via di espropriazione: si tenga presente che, nell'ipotesi, chi procede all'esecuzione non ha alcun diritto reale sulla cosa individualmente determinata, e quindi deve subire, nel soddisfarsi, il concorso di tutti gli altri creditori: questo diritto degli altri creditori, che possono promuovere la vendita e partecipare tutti alla ripartizione del prezzo (art. 1949, Cod. civ.; art. 649, princ., 651, 653, Cod. proc. civ. [pei mobili], 1949, 2092 princ. Cod. civ., 707 e segg., Cod. proc. civ. [per gli immobili]), rende, se non altro, praticamente impossibile l'apprensione della cosa da parte del creditore singolo. Inoltre mancherebbe il mezzo processuale per ottenere tale apprensione. L'uso della procedura per consegna o rilascio (art. 741 e segg., Cod. proc. civ.) è escluso da un doppio ordine di considerazioni; chi agisce esecutivamente sul patrimonio per un credito deve scegliere quel mezzo processuale che dà adito al concorso di tutti i creditori, e questo è l'espropriazione forzata; la procedura per consegna o rilascio è

1° che qualunque sia la natura della prestazione, il creditore ha sempre diritto di ricevere una somma di danaro: vale a dire che,

---

poi, ed in conseguenza, nel concetto della legge riservata alla esecuzione forzata di un diritto reale (arg. art. 746, Cod. proc. civ.), tanto che si esclude concordemente la sua applicabilità alla esecuzione forzata anche di altri diritti assoluti (es., diritti di famiglia) che pure hanno coi diritti reali analogia maggiore che non i diritti di credito (cfr. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, IV, parte 2ª, Milano, 1907-1909, pag. 6; Pacucci, *L'esecuzione forzata delle obbligazioni di fare e di non fare*, nella " Legge ", 1909, 391; Galli, *Il sistema della giurisdizione esecutiva*, Pisa, 1910, pag. 132). La verità è che l'esecuzione forzata di una obbligazione di dare mediante diretta apprensione della cosa dovuta si deve escludere appunto perchè il diritto di credito non conferisce al titolare, nè direttamente, nè indirettamente, alcun particolare diritto su un bene determinato appartenente al patrimonio del debitore, ma solo il diritto, comune agli altri creditori, di ottenere sul patrimonio, l'equivalente pecuniario della prestazione (cfr. su ciò Barassi, *Contratto di lavoro*, Milano, 1901, pag. 788 e segg., favorevole alla coercibilità in via esecutiva anche delle obbligazioni di dare una cosa determinata [a proposito dell'obbligo dell'artefice di consegnare la cosa fatta al committente: qui però il problema si presenta in modo alquanto diverso, perchè con l'esecuzione dell'opera l'artefice ha adempiuto alla sua obbligazione di *facere* e può giustamente dubitarsi se il committente, divenutone proprietario, non possa rivendicarla con un'azione reale]). Eliminato il primo caso, rimangono gli altri tre. Ma anche in questi, non si ha affatto, come una considerazione troppo superficiale della cosa potrebbe far credere, una *realizzazione in forma specifica*, vale a dire una *realizzazione della prestazione*. La prestazione, cioè l'*azione* del debitore non è punto ottenuta; si ha, invece, anche qui, un soddisfacimento del creditore senza l'azione del debitore, cioè, un soddisfacimento per equivalente, e proprio, per *equivalente pecuniario*. Infatti, se la prestazione consiste nel dare una cosa determinata genericamente, o in un fare fungibile (caso 2° e 3°), si ha, in sostanza, conversione del debito in un debito di somma di danaro: il creditore può esigere dal debitore inadempiente la somma che è necessaria per acquistare la cosa o per far eseguire l'opera: si tratta di un modo di liquidazione del danno, non di una forma speciale di esecuzione (cfr. Menger, *Beiträge zur Lehre von der Execution*, pag. 398-399). Il risarcimento pecuniario è commisurato con precisione al sacrificio, che è costato al creditore il procurarsi ciò, che avrebbe dovuto procurargli la prestazione mancata. Se mai, si può dire che il *risarcimento* avviene in forma specifica, non già l'*esecuzione*. Lo stesso accade per il terzo dei casi citati, quello delle obbligazioni di *non fare*; in cui il creditore, per l'art. 1222, Cod. civ., " può domandare *che sia distrutto* ciò che si è fatto in contravvenzione della obbligazione di non fare, può essere autorizzato a distruggerlo a spese del debitore, salvo il risarcimento del danno ". Questo caso, sostanzialmente, si riduce a quello delle obbligazioni di prestare un fatto *fungibile*. Non bisogna,

qualunque sia la natura del credito, esso si converte in un credito di somma di danaro; 2° che tale somma di danaro è dal creditore

---

infatti leggere nell'art. 1222 più di quello che v'è scritto, e credere, come forse potrebbe apparire a prima vista, che vi sia riconosciuto un caso di esercizio di quella coazione diretta, che è concepibile solo nei diritti reali. L'articolo 1222 autorizza il creditore *a domandare che sia distrutto* il fatto indebitamente compiuto, vale a dire lo autorizza a chiedere la *condanna* del debitore inadempiente a distruggere le *conseguenze* del suo fatto illecito. Questo e non altro dice la prima parte dell'articolo, e specialmente non dice che questa condanna possa eseguirsi mediante la coazione diretta. La disposizione è tutta di diritto materiale, non di diritto processuale (a torto afferma il contrario per i corrispondenti articoli 1142, 1143, 1144, *Code civil*, il Kohler, *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozess*, Freiburg und Leipzig, 1893, pag. 95); l'obbligazione di non fare genera, in caso di trasgressione, l'obbligo di distruggere ciò che fu fatto: vale a dire, l'inadempimento dell'obbligazione di non fare genera un'obbligazione di *fare*; ecco quanto stabilisce la prima parte dell'art. 1222. Nella seconda parte è poi applicato lo stesso principio dell'art. 1220: se il debitore non adempia l'obbligazione di fare, trattandosi di un fare fungibile, la distruzione può avvenire a spese del debitore, per opera del creditore. Ma s'intende che si deve trattare di un fare fungibile, ossia occorre che la distruzione possa essere compiuta dal creditore. Questi non può, a tale scopo, invadere la sfera giuridica del debitore, introdursi con la forza nelle sue proprietà, esercitare insomma una coazione sulla persona o sulle cose di lui. Ecco la differenza tra il caso del diritto reale e quello di un diritto di obbligazione ad un'azione negativa (le due figure in cui la distinzione tra diritti reali e diritti personali sembra che svanisca). Nel diritto reale, in cui il titolare agisce sempre *nella sfera sua*, è possibile anche l'impiego della forza fisica (occorrerà, salvo il caso di legittima difesa, l'intervento dell'autorità, ma questo è sempre possibile). Nel diritto di credito, invece, in cui il titolare non ha sfera libera di azione, l'uso della forza fisica è escluso; e perciò anche quando è concesso il risarcimento in forma specifica, il creditore non potrà mai invadere con la forza la sfera giuridica dell'obbligato. Nel caso nostro la distruzione a spese dell'obbligato sarà possibile solo se la cosa da distruggersi sia posta nella proprietà dello stesso creditore o se, trovandosi essa nella proprietà di un terzo o del debitore, vi sia il consenso dell'uno o dell'altro.

Concludendo, nei diritti di obbligazione, che hanno per oggetto la prestazione di un *dare* una cosa determinata o di un *facere positivo o negativo*, l'esecuzione forzata diretta è impossibile — è possibile solo l'esecuzione indiretta mediante realizzazione sul patrimonio dell'equivalente pecuniario; con questo solo di particolare che la determinazione di tale equivalente è fatta *in modo specifico*. Vi è sempre conversione del debito in un debito di somma di danaro e quindi sostituzione di una prestazione all'altra (risarcimento): solo, poichè oggetto della prestazione convertita era una cosa o un fatto fungibile, si dà facoltà

ottenuta mediante l'esercizio coattivo del suo diritto sul patrimonio; vale a dire che il diritto del creditore sul patrimonio ha per iscopo la realizzazione di una somma di danaro, e precisamente di quella somma che costituisce l'oggetto della prestazione nel diritto di credito originale o convertito. In questo sistema dunque non si realizza il diritto di credito originario, che è stato sostituito, ma non si realizza neppure il diritto di credito sostituito: si realizza solo il diritto sul patrimonio, che è l'unico realizzabile senza il concorso del debitore. Mediante la realizzazione di questo diritto sul patrimonio non si ottiene la prestazione (azione) del debitore, ma solo il risultato economico della prestazione. Il sistema della esecuzione sul patrimonio diretta al soddisfacimento influisce dunque sul diritto di credito, e ciò non deve far meraviglia, quando si pensi che se l'elemento della coazione è essenziale al diritto, necessariamente anche le forme della coazione debbono essere decisive per la struttura del diritto (1).

---

al debitore di procurarsi la cosa o il fatto, e di determinare così in modo specifico l'oggetto della nuova prestazione. Nella materia dell'esecuzione forzata di un *facere* (positivo o negativo) bisogna dunque, nel nostro diritto positivo, distinguere il caso in cui il *facere* sia dovuto dal subietto passivo di un diritto di obbligazione, oppure dal subietto passivo di un diritto reale o anche di un diritto assoluto sulla persona (es., diritto di famiglia). Nel primo caso è impossibile l'esecuzione forzata diretta, il credito rimane sempre convertito in un credito di somma, e questo viene indirettamente realizzato mediante esecuzione sul patrimonio. Nel secondo caso è possibile l'esecuzione forzata diretta mediante l'uso della coazione sulla cosa o sulla persona. Nel diritto germanico e austriaco la conversione del credito in un credito di somma non è necessaria: si realizza coattivamente anche l'obbligazione avente per contenuto un *facere*, mediante mezzi di coazione della *volontà* (arresto personale, multe). V. *Regolam. germ.*, § 888; *Regolam. austr.*, § 335, e su di essi: Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 2ª ed., Berlin. 1906, pag. 999 e segg.; Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 1903-1906, II, pag. 750 e segg.; Neumann, *Die Executionsordnung systematisch dargestellt*, Wien, 1900, pag. 376 e segg. Cfr. anche: Bussen, *Die Lehre von der Zwangsvollstreckung auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetzen*, Wismar, 1885, pag. 180 e segg.; Kohler, *Ungehorsam und Vollstreckung*, pag. 90 e segg.

(1) Cfr. Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, 5ª ed., II. Halle, 1897, § 2, pag. 3. Con ciò non si dice ancora che le forme della realizzazione forzata siano decisive per individuare il diritto. La coazione appartiene all'elemento formale del diritto: la *tutela*; il quale appunto perchè formale è determinato dall'elemento sostanziale: l'*interesse*. Sotto questo punto di vista avrebbero

In due modi principalmente si manifesta l'influenza del sistema in esame sulla struttura del diritto di obbligazione. Anzitutto, rispetto alla *prestazione*. Non ogni azione umana può costituire il contenuto dell'obbligo del subietto passivo nel rapporto obbligatorio, ma solo l'azione umana avente un *valore pecuniario*: poichè nel diritto moderno (noi parliamo, s'intende, del diritto moderno italiano) la forma generale, e si può dire esclusiva di esecuzione forzata pei crediti, è l'esecuzione sul patrimonio diretta al soddisfacimento, e tale esecuzione presuppone sempre convertito il credito in un credito di somma di danaro, ogni prestazione deve, di necessità, essere suscettibile di questa conversione, e perciò valutabile in danaro (1). In secondo luogo è da osservare che, abbandonata la esecuzione mediante coazione sulla volontà, e resa così

---

ragione il Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, pag. 206-207 e il Fuchs, *Das Wesen der Dinglichkeit*, pag. 9-10, ad affermare, contro lo Ziebarth, che la distinzione tra i diritti non si può desumere dalle forme della loro realizzazione forzata. Ma d'altro canto, poichè tra elemento sostanziale ed elemento formale vi è corrispondenza, e poichè nell'elemento formale ha molta importanza la coazione, non si può negare che anche la coazione si adatta, di regola, alla special natura dell'interesse tutelato, e che perciò la diversa forma di coazione usata può servire a contraddistinguere il diritto, pur senza costituirne un carattere distintivo decisivo. È poi naturale che il diverso atteggiamento che assume quell'importante parte dell'elemento formale che è la coazione, influisca su tutta la struttura formale del diritto.

(1) In questo senso è la dottrina prevalente italiana, v. Giorgi, *Obbligazioni*, III, num. 434; Coviello L., nella " Giur. it. ", 1897, I, 689; e " Filangieri ", 1897, 664 e seg.; Polacco, *Obbligazioni*, pag. 102 e seg. Nella dottrina tedesca del diritto comune v. Arndts-Serafini, *Pand.*, II, § 202; Neuner, *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, pag. 64 e segg.; Hartmann, *Die Obligation, Untersuchungen über ihre Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, pag. 54 e seg.; Ryck, *Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutschen Recht*, Berlin, 1889, pag. 6 e segg.; Dernburg, *Pand.*, II, § 17; Wendt, *Pand.*, § 186 [ma v. contro: Windscheid, *Pand.*, § 250; Jhering, nei " Jahrbücher für die Dogmatik ", XVIII (1880), pag. 34 e segg.; Ziebarth, *Die Realexecution und die Obligation*, pag. 38-39, 171-172]. Per il diritto austriaco: Unger, *System*, I, pag. 372 e 359 [ma contro Hasenhörl, *Obl.*, I, pag. 23]. Per la dottrina tedesca del Codice civile: Hellwig, *Ueber die Grenzen der Vertragsmöglichkeit*, in " Archiv für die civilistische Praxis ", LXXXVI (1896), pag. 223 e seg.; Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, II, § 84, pag. 185 e seg. [ma contro: Kohler, *Das Obligationsinteresse*, in " Arch. für burgerliches Recht ", XII (1897), pag. 11 e segg.].

impossibile la realizzazione forzata del diritto di obbligazione come tale, come diritto ad *un'azione*, tutta la coercibilità del rapporto obbligatorio si riduce a ciò che il titolare del diritto può, malgrado l'inadempimento dell'obbligato, ottenere coattivamente l'equivalente pecuniario della prestazione mancata: al diritto di obbligazione è necessariamente connesso un diritto sul patrimonio immediatamente coercibile e perciò di natura reale, avente per scopo il conseguimento di una utilità economica uguale a quella che sarebbe derivata dalla prestazione. In questa situazione, se non può dirsi, come fu fatto da taluno, che l'obbligazione del diritto moderno sia divenuta un diritto su un valore contenuto nel patrimonio (1) o, addirittura, un diritto sul patrimonio (2), deve però ammettersi che l'obbligazione tragga oramai tutta la sua efficacia dal diritto reale sul patrimonio, che l'accompagna; e lo dimostra il fatto che se il debitore non ha un patrimonio capace di esecuzione forzata, il credito, pur sussistendo in diritto, non può spiegare in fatto alcuna efficacia.

12. Anche nel diritto moderno, adunque, a maggior ragione che nell'antico diritto romano, è l'obbligazione un rapporto non *direttamente*, ma solo *indirettamente* coercibile, e quindi *in sè* non suscettibile di *esecuzione forzata reale* (3) o *diretta*, ma solo di esecuzione forzata *indiretta* (4): ciò dipende dalla natura stessa del

---

(1) Koeppen, *Die Erbschaft*, pag. 14; Brinz, *Kritische Blätter*, III, pag. 3 (citati da Ziebarth, *Die Realexecution u. die Obligation*, pag. 24-25).

(2) Schott, *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*, pag. 45-56.

(3) L'espressione è dello Ziebarth, *Die Realexecution und die Obligation* (Prefazione e *passim*).

(4) Il Menger, *Beiträge zur Lehre von der Execution*, nell' " Archiv für die civilistische Praxis ", LV (1872), pag. 379 e segg., chiama *diretta* l'esecuzione che ha per iscopo di ottenere la prestazione specifica dal debitore, mediante costringimento della volontà; *indiretta* quella che ha per iscopo il soddisfacimento del creditore senza agire sulla volontà del debitore. Altri invece, come il Meibom, *Das deutsche Pfandrecht*, pag. 39, chiama diretta la seconda e indiretta la prima forma di esecuzione. Evidentemente, il Menger considera la cosa dal punto di vista del debitore, e il Meibom dal punto di vista del creditore: dal primo punto di vista è diretta l'esecuzione che avviene per opera dello stesso debitore, e dal punto di vista del secondo è diretta invece l'esecuzione che avviene per opera dello stesso creditore. Come risulta dal

diritto di credito come diritto ad un'*azione*, e non dalle diverse concezioni dei vari sistemi giuridici. L'azione e la volontà umana rimangono in sè sempre incoercibili e l'ordinamento giuridico può solo variare le *forme della coercizione indiretta*. Anche nel diritto moderno è quindi, a nostro avviso, vera la distinzione tra il rapporto obbligatorio *in sè* come diritto ed obbligo ad un'azione, e il rapporto che normalmente l'accompagna, e da cui l'obbligazione deriva la sua indiretta coercibilità. Distinguiamo perciò l'obbligo di eseguire la prestazione e l'obbligo di permettere al creditore la realizzazione sul patrimonio dell'equivalente pecuniario. E dal punto di vista attivo distinguiamo il diritto di pretendere la prestazione dal diritto di agire sul patrimonio per ottenerne l'equivalente pecuniario. L'obbligo di prestare è un obbligo meramente personale del subietto passivo del rapporto obbligatorio, che corrisponde a un diritto pure personale del subietto attivo: come questi può solo dal debitore pretendere la prestazione, così solo il debitore è tenuto a compierla. Invece l'obbligo di permettere il soddisfacimento sul patrimonio è un obbligo non personale, proprio del solo subietto passivo dell'obbligazione, ma un obbligo, che al subietto passivo incombe al pari di ogni altro consociato, a cui corrisponde non un diritto personale o relativo, ma un diritto reale e assoluto del subietto attivo dell'obbligazione: il primo è veramente un'*obbligazione*, il secondo è soltanto un *obbligo*.

---

testo, noi riteniamo inesatti ambedue i punti di vista e consideriamo come indiretta tanto l'esecuzione forzata consistente nel costringimento della volontà quanto quella che consiste nel soddisfacimento per equivalente senza il concorso del debitore. La *esecuzione forzata* è la *realizzazione del diritto per mezzo della coazione:* si ha perciò esecuzione forzata diretta solo quando il diritto è realizzato direttamente dal titolare mediante l'uso della forza fisica, cioè solo nel caso della così detta *esecuzione reale*. Quando invece il diritto è realizzato *dall'obbligato*, sia pure costretto o determinato dalla coazione, l'esecuzione forzata, come tale, non è più diretta, ma indiretta, perchè ottiene la realizzazione per il tramite della volontà dell'obbligato. Come dice bene il Bonucci, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, Perugia, 1907, pag. 285, " c'è sempre un atto spirituale intermedio tra la coazione psichica e l'atto (tamen coactus volui) ". Per diversa ragione deve dirsi pure indiretta la esecuzione forzata sul patrimonio per via di equivalente: è diretta solo l'esecuzione forzata che realizza il diritto, non quella che realizza l'equivalente economico del diritto.

Per qualificare queste due situazioni giuridiche, intimamente connesse fra loro, ma distinte, la dottrina tedesca adopera le due espressioni: *Schuld* (debito) e *Haftung* (responsabilità) (1).

---

(1) La distinzione tra il momento puramente personale e il momento reale, tra il debito (*Schuld*) e la responsabilità (*Haftung*) è stata fatta e studiata specialmente dal punto di vista dell'antico diritto germanico, come un concetto germanistico: v. Amira, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, I, 1882-1889, §§ 4 e segg.; II, 1895, §§ 8 e 9; Puntschart, *Schuldvertrag und Treugelöbniss des sächsischen Rechts im Mittelalter*, Leipzig, 1896, pag. 279 e segg.; Stobbe-Lehmann, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3ª ed., III, Berlin, 1898, pagine 102 e segg., 107 e segg.; Dernburg, *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*, pag. 2. Ma la distinzione è fatta anche nel diritto moderno: v. Stobbe-Lehmann, *op. cit.*, pag. 105, num. 4 e 5; Pappenheim, rec. al Puntschart, nella " Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht ", XLVII, pag. 142 e segg.; Schwind, *Wesen und Inhalt des Pfandrechts*, Jena, 1899, pagina 1 e segg.; Isay, *Schuldverhältniss und Haftungsverhältniss im heutigen Recht*, nei " Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts ", XLVIII (1904), pag. 187 e segg.; Bekker, nei " Jhering's Jahrbücher ", XLIX (1905), pag. 51 e segg.; Kuhlenbeck, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, nel " Kommentar z. bürgerliche Gesetzbuch " di Staudinger, 2ª ed., II, München, 1906, pag. 2. Nè mancano scrittori che sostengano idee sostanzialmente analoghe anche per il diritto romano e comune. Anche la nota dottrina del Brinz, per cui l'obbligazione non costituisce tanto un dovere, cioè un assoggettamento della volontà, quanto una " responsabilità ", è nello stesso ordine di idee; cfr. Brinz, *Der Begriff Obligatio*, nella " Zeitschrift " di Grünhut. vol. I (1874), pag. 11 e segg.; *Pandekten*, 2ª ed., II, § 206, pag. 1 e segg.; *Obligation und Haftung*, nell' " Archiv für die civ. Praxis ", LXX, 1886, pag. 371 e segg. Anche Brinz considera la persona o la cosa come oggetto di soddisfacimento per il creditore e per soddisfacimento intende non adempimento, realizzazione del debito, ma risarcimento economico o riparazione morale per il non adempimento (cfr. Siber, *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, nei " Jhering's Jahrbücher ", L (1906), pag. 56). Dallo stesso punto di vista si mette il Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, 1871-1873, I, pagine 4 e segg. Afferma il Bekker che essendo l'azione il mezzo mediante il quale il creditore può esercitare una coazione sulla persona o sul patrimonio del debitore, l'azione apparisce come contenuto del diritto di credito: il diritto di azione importa il diritto del creditore di agire *egli stesso*, e precisamente è un diritto del creditore di agire sulla persona del debitore come oggetto del suo diritto di azione e del suo diritto di credito, non immediatamente, ma mediatamente, per mezzo del magistrato. Donde la conseguenza che " *obligatio* " e " *actione teneri* ", " *actione teneri* " e " *obligatum esse* ", sono la medesima cosa (Bekker, *op. cit.*, *loc. cit.* e *Kritische Vierteljahrsschrift*, VI, pag. 477 e segg. e di nuovo, recentemente, nei " Jhering's Jahr-

Ed invero, guardata la cosa dal lato del subietto passivo (debitore) poichè il rapporto reale si presenta come una sanzione del rapporto personale, l'espressione *responsabilità* sembra bene appropriata per designare non tanto il lato passivo del rapporto reale, quanto gli effetti, *rispetto al subietto passivo*, dell'esercizio del diritto reale. Ora che la distinzione tra il momento puramente obbligatorio e il momento di diritto reale, tra *debito* e *responsabilità* sia fondata non solo concettualmente, ma anche praticamente, è dimostrato da varie considerazioni. Anzitutto, anche nel diritto moderno, può darsi debito senza responsabilità e responsabilità senza debito. Si ha debito senza responsabilità, ad esempio, nel caso delle obbligazioni così dette *naturali* (art. 1237, 1804 Cod. civ.) di cui l'ordinamento giuridico non ammette la piena coercibilità, e in cui perciò al rapporto personale non è connesso il diritto reale sul patrimonio (1). Più numerosi sono i casi di responsabilità senza debito: vi rientrano i casi di *fideiussione*, *pegno* o *ipoteca* per *debiti futuri*, in cui il diritto sul patrimonio sorge immediatamente, mentre il credito non esiste ancora: e in genere tutti i casi di *fedeiussione* e i casi di prestazione di pegno o concessione d'ipoteca per *debiti altrui*, in cui si risponde col proprio patrimonio genericamente (fideiussione) o specificamente con un bene determinato (pegno o ipoteca) per una obbligazione altrui: il fideiussore, il datore di un pegno o di una ipoteca non sono *debitori*, ma solo *responsabili* (2). Inoltre, un segno rivelatore della

---

bücher „, XLIX (1905), pag. 51 e seg.). Questa tendenza a distinguere nell'obbligazione l'elemento personale (*debito*) e l'elemento reale (*responsabilità*), riguardi poi quest'ultima il patrimonio o la persona del debitore, che viene considerato come oggetto di diritto, non è, in realtà, dovuta a ragioni storiche e perciò contingenti, ma, come è dimostrato nel testo, a ragioni inerenti alla stessa natura dell'obbligazione come diritto *ad un'azione*, diritto in sè incoercibile e bisognoso di un elemento reale, capace di coazione diretta. Non sono però mancate in Germania opposizioni a questa dottrina: v. contro la distinzione, per diritto moderno, KOHLER, nell' " Archiv für die civilistische Praxis „, XCI (1900), pag. 172 e segg.; PREDARI, nella " Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht „, LI, pag. 619: SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht*, Leipzig, 1903, pag. 3 e segg.; e *Zur Theorie von Schuld und Haftung*, nei " Jhering's Jahrbücher „, L (1906), pag. 54-277.

(1) Cfr. STOBBE-LEHMANN, *Handb. d. deutschen Privatrechts*, III, pag. 105; ISAY, *Schuldverh. u. Haftungsverh.*, pag. 191-192.

(2) STOBBE-LEHMANN, *op.* e *loc. cit.*; ISAY, *op. cit.*, pag. 192 e segg.

distinzione ci è dato da tutti i casi di *responsabilità limitata*, nei quali si risponde non con tutto il patrimonio, ma o con un bene determinato, o fino all'ammontare di un valore determinato: qui il vincolo personale obbligatorio permane integro; è invece limitato nel suo oggetto il diritto reale (1).

§ 2.

La realizzazione dell'obbligazione e il diritto del creditore sul patrimonio del debitore.

Art. 1. — Concetto e natura del diritto del creditore sul patrimonio.

Sommario: 13. Il diritto del creditore sul patrimonio e la funzione pubblica esecutiva. — 14. Fondamento giuridico della espropriazione che si verifica nella esecuzione forzata dei crediti; essa è conseguenza della realizzazione di un preesistente diritto privato del creditore sul patrimonio. — 15. Il diritto privato del creditore sul patrimonio è un diritto di pegno. — 16. Obbiezioni contro questa concezione e loro critica: 1° indisponibilità della cosa soggetta all'espropria. — 17. 2° Pegno senza privilegio. — 18. Consistenza del diritto di pegno generale coi diritti di pegno speciale: pegno di una *universitas*. — 19. Il diritto del patrimonio come diritto di pegno. — 20. Manifestazione del diritto di pegno generale.

13. L'incoercibilità dell'azione umana e quindi la diretta incoercibilità dell'obbligazione, che rendono necessario organizzare una coercizione indiretta sulla persona o sul patrimonio, conducono ad ammettere dunque l'esistenza, accanto al rapporto personale incoercibile, di un rapporto reale coercibile, per mezzo di cui il primo venga realizzato. Questo è vero nel sistema più antico della esecuzione (personale e patrimoniale) diretta ad agire sulla volontà, è vero nel sistema moderno, a cui il diritto positivo nostro si

---

(1) Sui vari casi di responsabilità limitata, v. Ehrenberg, *Beschränkte Haftung des Schuldners nach See-und Handelsrecht*, Jena, 1880, pag. 12 e segg.; 31 e segg.; Nothnagel, *Beschränkte Haftung*, Wien, 1900, pag. 3 segg.; Marx, *Beschränkte Haftung des deutschen Handels und Schiffahrtsrechts*, Bruchsal, 1904; Isay, *op. cit.*, pag. 197 e segg.

mantiene rigorosamente fedele, della esecuzione patrimoniale diretta al semplice soddisfacimento per equivalente. Noi abbiamo finora qualificato questo rapporto come un diritto reale del creditore sul patrimonio, e quindi, come un rapporto di diritto privato, che nell'esecuzione forzata viene realizzato coattivamente, per opera dello Stato, mediante l'impiego della forza fisica o meccanica. Ma poichè tale conclusione contraddice ad una dottrina assai diffusa e autorevole, la quale crede che la realizzazione per equivalente sul patrimonio del debitore non presupponga alcun diritto privato del creditore sul patrimonio, ma sia la conseguenza dell'esercizio di un diritto pubblico del creditore verso lo Stato (diritto alla tutela giurisdizionale), è necessario insistere ancora su questo punto e determinare con precisione i rapporti tra il diritto privato del creditore sul patrimonio e la funzione pubblica esecutiva, per mezzo della quale esso viene realizzato. La questione è fondamentale per tutta la dottrina della esecuzione forzata mediante espropriazione ed ha una importanza pratica non lieve. Si tratta infatti di vedere se il vincolo che, con l'inizio della esecuzione si imprime sui beni del debitore, sia effetto dell'esercizio di un diritto privato del creditore esecutante o non piuttosto della funzione pubblica dell'organo esecutivo, e se la vendita forzata che ne segue avvenga per effetto del diritto del creditore o del potere pubblico del giudice: il problema — come si vede — è strettamente connesso con quello della natura della vendita forzata nel giudizio di espropriazione, e dei rapporti tra l'acquirente, da una parte, il debitore espropriato, il creditore espropriante e il giudice, dall'altra.

Una considerazione compiuta del problema, dai vari punti di vista, manca nella dottrina: non deve perciò far meraviglia, se le soluzioni che essa ne ha dato, sono, di regola, unilaterali.

La discussione più larga si è fatta, forse, appunto a proposito della struttura del diritto di credito e dei rapporti tra l'obbligazione e l'azione. Essendosi affermato dal BEKKER che la possibilità di esercitare la coazione sulla persona o sul patrimonio del debitore, a mezzo del giudice, fa parte del contenuto del diritto del creditore, e che, perciò, l'*actio* appartiene all'essenza dell'*obligatio* (1), si volle, in contrapposizione a questo concetto, far notare, invece

(1) BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, pag. 5 e segg.

che il diritto di agire è un diritto autonomo, indipendente dal diritto privato, non già contenuto in questo, e che, per conseguenza, esso non fa parte punto del contenuto del diritto di credito: tutti gli effetti coattivi che l'esercizio dell'azione produce rispetto alla persona e al patrimonio del debitore, non derivano dal diritto di credito; ciò che costringe il debitore non è un potere del creditore, ma il diritto pubblico: il diritto privato non produce alcun diritto di coartare la volontà di una persona libera, e il diritto di credito non dà alcun diritto di costringere all'adempimento la volontà del debitore.

Per far ciò occorre l'azione, cioè l'invocazione del potere dello Stato che realizzi il diritto: quindi ciò che si esercita nell'esecuzione non è il diritto privato: anzi l'esecuzione riguarda il caso che sia impossibile l'esercizio del diritto privato. In conseguenza, ancora, nè il vincolo sulla persona del debitore dell'antico diritto fa del credito un diritto di pegno sulla persona del debitore; nè la *pignoris capio* ne fa un diritto di pegno sul patrimonio, nè infine, l'esecuzione reale del diritto moderno un diritto sulla cosa (1).

L'altro punto di vista, da cui è stata considerata la questione, è quello della natura del diritto in virtù del quale ha luogo la espropriazione forzata dei beni del debitore, specialmente degli immobili. Anche qui, accanto a una dottrina che costruisce il rapporto su basi privatistiche, ve ne è una, molto diffusa specialmente in Austria e in Germania, che preferisce la spiegazione pubblicistica. Questa tendenza è tanto più notevole, in quanto la ordinaria procedura esecutiva austriaca e germanica, è una procedura *di esclusione*, in cui cioè l'esecuzione ha luogo a favore esclusivo del creditore procedente, il credito del quale è soddisfatto con preferenza su quello degli altri creditori (2): e tale esclusione fa molto naturalmente pensare a un vero *diritto di pegno* spettante al cre-

---

(1) Degenkolb, *Einlassungzwang und Urteilsnorm*, pag. 31; Sohm, *Begriff d. Forderungsrechts*, pag. 465-471. E più di recente: Hellwig, *Lehrb. des deutschen Civilprozessechts*, 1, § 33, pag. 224.

(2) V. sopratutti Menger, *Beiträge zur Lehre von der Execution*, pag. 416 e segg., 466 e segg., e più di recente: Menestrina, *L'accessione nell'esecuzione*, Vienna, 1901, pag. 22; Ohmeyer, *Die juristische Natur des Befriedigungsrechts*, nella " Zeitschrift für das Privat. und öff. Recht der Gegenwart ", XXXII (1905), pag. 373 e segg.

ditore procedente sui beni seggetti alla procedura di espropriazione (1). Eppure non solo il concetto di un diritto di pegno del creditore procedente, ma addirittura quello di un qualsiasi diritto privato di lui sui beni dell'*exequendus* viene da molti scrittori austriaci e tedeschi respinto, specie per l'esecuzione sugli immobili, e il diritto del creditore instante di essere soddisfatto sulla cosa soggetta al sequestro esecutivo viene considerato puramente e semplicemente come una pretesa di diritto pubblico del creditore verso lo Stato, diretta a ottenere da questo l'esecuzione sulla cosa, sia in via di amministrazione, sia in via di vendita forzata (2).

Da un altro punto di vista, infine, il problema è stato studiato ed anche qui col solito risultato di una doppia soluzione: una privatistica e l'altra pubblicistica. Si è discusso infatti se la vendita che segue nella procedura di esecuzione, sia veramente una *vendita* e da più parti è stata sostenuta l'opinione che non si tratti per nulla di un rapporto di diritto privato, e perciò, non propriamente di una vendita, ma invece, di un rapporto di diritto pubblico, per il quale il giudice, in adempimento del suo obbligo di prestare al creditore la tutela giuridica esecutiva, toglie, in forza della sua autorità, la proprietà al debitore e la trasferisce al migliore offerente (3).

14. Tutti questi problemi, ed altri ancora, attinenti alla posizione del giudice e dell'ufficiale giudiziario nell'esecuzione per via

---

(1) Dernburg, *Das preussische Hypothekenrecht*, Leipzig, 1877-1891, II, pag. 371; Förster-Eccius, *Preussisches Privatrecht*, 7ª ed., Berlin, 1896, III, § 193 testo e note, 40; Iäckel, *Die Zwangsvollstreckung im Immobilien*, Berlin, 1883, pag. 136-137; Czörnig, *Vorlesungen über die Executionsordnung*, Wien, 1898, pag. 81 e segg.

(2) Kresch-Fischer, *Die preussische Gesetzgebung betreffend die Zwangsvollstreckung im das unbeweglichen Vermögen*, 3ª ed., Berlin, 1894, § 16 e 17; Rudorff, *Die Zwangsvollstreckung im das unbewegliche Vermögen*, Berlin, 1883, pag. 109; Heidenfeld, *Die Zwangsversteigerung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung*, Berlin, 1884, pag. 50 e 59; Schuster, *Oesterreischisches Civilprozessrecht systematisch. dargestellt*, Wien, 1896, pag. 675; Stubenrauch, *Commentar zum allg. österreich. Gesetzbuche*, 7ª ed., Wien, 1896-1899, I, pag. 590.

(3) Cfr. Fischer-Schäfer, *Die Gesetzgebung, betreffend die Zwangsvollstreckung im das unbewegliche Vermögen im Reiche und im Preussen*, Berlin, 1902, pagine 30-31.

di espropriazione forzata, alla condizione giuridica dell'acquirente di fronte al debitore espropriato e al creditore espropriante, sono, è chiaro, tra loro intimamente connessi, sono, anzi, come si è più sopra notato, aspetti diversi di uno stesso problema più generale, che si può porre così: quale è il fondamento giuridico della *espropriazione* che si verifica nell'esecuzione forzata dei crediti? In che modo, in forza di qual principio giuridico il debitore soggetto alla esecuzione perde prima la disponibilità, poi addirittura la proprietà dei suoi beni? Un breve esame delle varie dottrine sopra esposte ci avvierà a rispondere a tali domande e, insieme, ci permetterà di determinare i rapporti che corrono tra l'obbligazione e l'esecuzione forzata.

Noi riteniamo anzitutto per sicuro che l'*azione* (e quindi anche l'*azione esecutiva*) debba considerarsi non come un *elemento*, o come un *momento*, o come un *accessorio* del diritto materiale, ma piuttosto come un diritto autonomo, di natura processuale e quindi come un diritto pubblico, avente per contenuto la facoltà che spetta ad ogni cittadino di ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione dei rapporti giuridici concreti. È perciò da tenersi ben distinto il diritto di credito dal diritto di ottenere l'intervento dello Stato per la realizzazione forzata del credito: quello è un diritto privato, il cui subietto passivo è il debitore: questo è un diritto pubblico, il cui subietto passivo è lo Stato, rappresentato dall'organo giurisdizionale (1). Hanno dunque, sotto questo punto di vista,

(1) Sul concetto e la natura dell'azione, oltre il mio volume sulla *Sentenza civile*, Torino, 1906, n. 32 e segg., v. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in "Saggi di diritto processuale civile", Bologna, 1904; *Principî di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1908-1909, pag. 38 e segg., e gli scritti *ivi* citati, a cui si possono aggiungere i seguenti: KOHLER, *Die Grundlagen des Zivilprozesses*, nell' "Archiv. für die civilistische Praxis", XCVII (1905), pag. 1 e segg.; PAGENSTECHER, *Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten*, nell' "Archiv. für die Civil Praxis", XCVII (1905), pag. 17 e segg.; KREMER, *Zur Konstruktion des Zivilprozesses*, nella "Zeitschs. für das Privatr. und öff. Recht d. Gegenwart", XXXIII (1906), pag. 289-359; di nuovo KOHLER, *Bürgerlichrechtliche und prozessrechtliche Elemente im Prozess und in der Zwangsvollstreckung*, nella "Zeitschs. für d. Privat u. öff. Recht d. Gegenwart", XXXIII (1906), pag. 561-575; AHSBAHS, *Wesen und Bedeutung der Unterwersungsklausel*, nei "Ihering's Iahrbücher für die Dogmatik", LI (1907), pag. 127-159; HÖLDER, *Zur Lehre vom Klagerecht*, nei "Ihering's Iahrbücher", LI (1907), pag. 315-413. Nella ricchis-

perfettamente ragione quegli scrittori, come il DEGENKOLB e il SOHM, che vogliono tener distinta l'*obligatio* dall'*actio*, qualificando quella come un rapporto di diritto privato, questa come un rapporto di diritto pubblico. Ma fatto ciò, non si è ancora punto risolta la questione del modo, con cui avviene, per opera dell'organo giurisdizionale, la realizzazione forzata dell'obbligazione. Qual valore e quale importanza giuridica ha questo intervento dello Stato, che si chiede e si ottiene mediante l'azione esecutiva? Per determinare il compito della funzione giurisdizionale esecutiva in questo caso

---

sima letteratura su questa controversa dottrina si può dire di gran lunga dominante la tendenza a considerare l'azione da un punto di vista pubblicistico. I tentativi di qualche scrittore recente come quello del CHIOVENDA (nei due lavori sopra citati) e del WEISMANN, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1903-1905, I, pag. 67 e segg., II, pag. 10, di ritornare, sotto altra forma, alla concezione privatistica dell'azione, non si possono dire riusciti e sono rimasti isolati, specie nella dottrina tedesca, dove la disputa ferve da più anni e con molta vivacità e larghezza. E bene a ragione. La concezione dell'azione come un diritto privato ha, a tacer d'altri, il difetto di non tener conto affatto della lunghissima evoluzione giuridica, per cui col progressivo consolidarsi ed affermarsi dello Stato, si passò dal sistema della difesa privata a quello della giustizia di Stato. Indubbiamente, in regime di difesa privata, l'azione non solo è un diritto privato, ma è lo stesso diritto privato che vien fatto valere in quanto il titolare di esso reagisce contro la violazione: e questa concezione rimane ancora fondamentalmente esatta nel primo periodo della storia del processo, quando lo Stato si limita a indurre la parte a sceglìersi un arbitro o giudice, o al più impone un arbitro di sua scelta. Tutto il processo romano fino agli ultimi secoli dell'impero, risponde a questo concetto, ed è ancora, essenzialmente, una procedura privata. Si comprende dunque perfettamente come l'*actio* romana non sia che un diritto privato materiale. Osserva benissimo il BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1898, pag. 505: " Il vocabolo *actio* non vuol dir che atto, e si trova anche adoperato in generale a esprimere l'atto giuridico, sia esso solenne, romano, *civilis actio*, o naturale e semplice, *iuris gentium actio*: laonde l'uso di questo termine nel processo adombra pur sempre il carattere privato del processo romano genuino ". È dunque bensì vero, come afferma il CHIOVENDA, *Principî*, pag. 44, che la tradizione latina è per la concezione privatistica dell'azione, ma ciò soltanto perchè la dottrina giuridica presso di noi (come del resto anche in Germania fino a non molti anni or sono) non era riuscita ancora a liberarsi dalla concezione romanistica dell'azione e del processo; oggi invero non si può dimenticare che le condizioni della società e le funzioni dello Stato all'epoca del diritto romano classico (in cui quelle idee presero origine) sono ben differenti dalle condizioni della società odierna e dall'odierna concezione dello Stato e del processo.

bisogna ricordare che, data la impossibilità di una coercizione diretta dell'obbligazione, e la inammessibilità, nel nostro diritto, di una coercizione indiretta mediante costringimento della volontà, l'obbligazione è diventata come tale, ossia, come diritto ad una azione, in sè del tutto incoercibile; e che perciò, di una realizzazione forzata dell'obbligazione come tale, per opera dello Stato, non si può oramai più parlare. Abbiamo veduto, infatti, che se l'obbligazione ha per oggetto la prestazione di una cosa diversa dal danaro, essa non può essere realizzata, ma si converte necessariamente in una obbligazione di somma di danaro, e, che anche l'obbligazione di somme di danaro può venir realizzata solo nel senso che il creditore riceve, con l'ausilio dell'organo giurisdizionale, quella somma di danaro, che avrebbe dovuto fornirgli la prestazione del debitore. Ciò significa, in sostanza, che l'obbligazione non viene realizzata affatto, giacchè l'obbligazione è diritto alla prestazione, cioè ad un'azione del debitore, e nel processo esecutivo, l'azione del debitore non viene per nulla realizzata. Nè si può dire che la prestazione si realizzi sostituendosi al debitore l'organo giurisdizionale, con che la prestazione rimarrebbe la stessa, e solo si muterebe il soggetto prestante (1). Secondo questa concezione dell'esecuzione lo Stato, rappresentato dall'organo esecutivo, si metterebbe al posto dell'obbligato, facendo in vece di lui ciò che questi sarebbe tenuto

(1) Così Ryck, *Die Obligatio*, pag. 13-14: " L'esecuzione forzata è, in virtù del diritto, la stessa cosa della esecuzione spontanea: il pagamento e la tradizione effettuati per opera del giudice, valgono come pagamento e tradizione del debitore... Questo svolgimento del moderno diritto esecutivo conduce necessariamente al punto di vista di una sostituzione autoritativa del debitore, o, il che è lo stesso, ad un completamento della volontà del debitore da parte del giudice ". E nello stesso senso Menestrina, *L'accessione*, pag. 184: " l'esecuzione non è attuazione stretta della sentenza, ma d'un corrispettivo, dal quale, per chi chiese tutela, scaturiscono gli identici effetti; *rimane l'oggetto della prestazione, ma si muta il soggetto direttamente prestante* ". Da questa concezione dell'esecuzione, per cui la realizzazione del diritto avverrebbe mediante la sostituzione dell'attività dello Stato all'attività della parte, e quindi mediante una trasformazione del rapporto da realizzarsi (cioè dell'obbiettivo dell'esecuzione), il Menestrina è tratto di necessità ad ammettere che una più rilevante trasformazione del rapporto (" trasposizione di obiettivo " come egli si esprime) abbia luogo nella realizzazione dei diritti i quali o per loro natura o per la natura del procedimento esecutivo, debbono trasformarsi in crediti in denaro (op. cit., pag. 184-185).

a fare; avverrebbe insomma una specie di trasformazione del rapporto giuridico privato, per cui, in luogo del subietto passivo, si porrebbe lo Stato, che assumerebbe il cómpito di soddisfare l'avente diritto invece dell'obbligato. Ma questa specie di trasformazione o novazione subiettiva, evidentemente è all'infuori della realtà. Il rapporto di diritto privato, nello stadio esecutivo, non viene nè estinto, nè trasformato in un rapporto di diritto pubblico. Nella funzione giurisdizionale esecutiva lo Stato non sostituisce sè all'obbligato: ma semplicemente sostituisce la forza della pubblica autorità alla forza privata nell'esercizio coattivo del diritto. La funzione giurisdizionale, e specialmente la funzione esecutiva, è un sostitutivo o un surrogato della difesa privata, essa non ha altro cómpito che quello di conseguire, per opera dello Stato e mediante l'uso della forza inerente colla sovranità dello Stato, ciò che avrebbe potuto ottenere il privato, esercitando il suo diritto col sussidio della forza fisica (1). Ma se, nel processo esecutivo, lo Stato non

---

(1) Ciò che si dice nel testo dimostra che il termine " esecuzione forzata " non è forse il più adatto per indicare la realizzazione forzata del diritto. Parlando di " esecuzione " si considera più specialmente il lato passivo del rapporto giuridico, ossia l'*obbligo*, a cui il subietto passivo è tenuto, mentre, in realtà, la realizzazione forzata non è tanto realizzazione, ossia esecuzione dell'*obbligo*, quanto realizzazione, ossia soddisfacimento del *diritto*. La realizzazione forzata non è, invero, " esecuzione forzata " nè dal punto di vista del subietto passivo del rapporto giuridico (esecutato) nè dal punto di vista dello Stato, che esercita la funzione giurisdizionale esecutiva. Dal punto di vista dell'obbligato, di una esecuzione forzata dell'obbligo si poteva, fino a un certo punto, parlare, quando la esecuzione aveva per iscopo di premere sulla sua volontà, ma non se ne può più parlare da che lo Stato ha rinunziato ad agire sulle volontà, ed ha preferito adoperare la forza fisica, di cui dispone, per rendere direttamente possibile al titolare del diritto l'esercizio delle facoltà in questo contenute, ossia il godimento del bene garantito; nell'esecuzione forzata del diritto moderno l'atto di volontà dell'obbligato (sia pure determinato da costrizione: *tamen coactus voluit*) e quindi la esecuzione dell'obbligo, mancano completamente: si prescinde dalla cooperazione dell'obbligato e tutto si riduce a prestare all'avente diritto i mezzi perchè egli possa esercitare la facoltà a lui spettanti per il soddisfacimento dei suoi interessi. Dal punto di vista poi dello Stato e dei suoi organi esecutivi non è certo a parlare di una " esecuzione forzata " in quanto lo Stato non eseguisce certo forzatamente, anzi non eseguisce affatto l'obbligo incombente al subietto passivo del diritto da realizzare: si è visto più sopra che l'atto e la volontà umana sono incoercibili e che perciò nessuna forza, neppur quella dello Stato, è capace di crearli e di sosti-

fa che *realizzare* il diritto privato, sostituendo alla forza privata la forza pubblica della sua sovranità, è chiaro che anche nel processo esecutivo, come, del resto, nel processo di accertamento, non si creano diritti nuovi, ma si realizzano diritti preesistenti (1). Ciò significa che anche nella esecuzione forzata per via di espropriazione, l'espropriazione è realizzazione di un preesistente diritto privato del creditore esecutante. La vendita dei beni del debitore, in cui sta l'essenza dell'espropriazione forzata, presuppone dunque di necessità un preesistente diritto del creditore alla vendita. Tale diritto è il lato attivo di un rapporto di diritto privato, che il creditore fa valere di fronte al debitore ed anche di fronte ai terzi possessori o detentori dei beni del debitore, che non va punto confuso col rapporto di diritto pubblico, indubbiamente pure esistente, fra il creditore e lo Stato. Il creditore ha diritto di vendere i beni del debitore e di soddisfarsi sul prezzo: questo è il rapporto di diritto privato, a cui lo Stato rimane, naturalmente, estraneo. Di più il creditore ha diritto di ottenere l'intervento dello Stato per effettuare la vendita e per pagarsi sul prezzo, intervento reso necessario da ciò che il creditore non può, e per ragioni di interesse pubblico non deve, esercitare da sè il suo diritto di vendita: questo diritto all'intervento dello Stato è invece proprio un diritto pubblico e precisamente è l'*azione esecutiva*. Il diritto pubblico alla realizzazione della vendita non assorbe, ma presuppone preesistente

---

tuirli. La posizione dello Stato nel processo esecutivo è bene messa in luce nella definizione del WEISMANN, *Lehrb.*, II, pag. 1: " l'esecuzione forzata è il procedimento, giuridicamente regolato, mediante il quale le pretese di prestazione di contenuto privatistico *possono essere portate a realizzazione con l'aiuto dello Stato*. Realizzata è poi una pretesa quando l'effetto, al quale essa mira, è raggiunto ".

(1) È certamente vero che *in seguito* al processo esecutivo possono verificarsi (e si verificano sempre nel processo di espropriazione) mutamenti nei rapporti giuridici privati: ma ciò non significa che tali mutamenti siano *prodotti* dal processo e siano *effetti* del processo medesimo: è vero al contrario che essi sono effetto di diritti preesistenti, che il processo realizza. La vendita, ad es.: che avviene per ordine del giudice, è la realizzazione di un *diritto di alienare* la cosa, preesistente al processo (v. testo num. 15). Siamo precisamente nel caso dell'*esercizio di un diritto in via di azione*. V. intorno a ciò: MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, pag. 190-191; HELLWIG, *Lehrb. d. deutschen Civilprozessrechts*, I, pag. 237: ROCCO, *Sentenza civile*, n. 38 e 55.

il diritto privato di vendita: si tratta di due rapporti affatto distinti che solo una superficiale considerazione delle cose può fare apparire confusi (1).

15. Accertato così che l'esecuzione forzata per via di espropriazione è esecuzione di un preesistente diritto privato del creditore, ci rimane ancora da determinare quale sia questo diritto. Gli elementi per tale determinazione ci vengono forniti, per via di induzione, dall'analisi dei diversi momenti che costituiscono l'essenza del giudizio di espropriazione forzata: se l'espropriazione è realizzazione di un diritto del creditore, essa ci deve dare l'imagine esatta del contenuto di questo diritto. Ora i momenti o elementi essenziali dell'esecuzione forzata per via di espropriazione sono precisamente: 1° lo spossessamento del debitore, mediante il *pignoramento* (nell'esecuzione mobiliare) e la *trascrizione del precetto* (nell'esecuzione immobiliare); 2° la *vendita* di essi beni; 3° il *soddisfacimento* dei creditori sul prezzo ricavato. Sono questi i punti centrali su cui si impernia tutto il procedimento, lo schema a cui si può ridurre ogni forma o tipo di espropriazione, per quanto complicato da altri elementi come il concorso di diritti dei terzi sui beni soggetti all'espropria, e il concorso di più creditori. Di quei tre momenti essenziali (che solo eccezionalmente possono ridursi a due quando alla *vendita* e al *soddisfacimento sul prezzo* si sostituisce la diretta *aggiudicazione* o *assegnazione* al creditore), il primo (perdita del *possesso*) è essenzialmente *preparatorio*: esso serve a render possibile e ad agevolare la *vendita*. Il secondo momento

---

(1) Cfr. in questo senso KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, Jena, 1882, pag. 60–63. Ecco come questo scrittore, combattendo la dottrina del SOHM (scritto cit. alla nota 29), afferma l'esistenza di un diritto privato materiale alla realizzazione dell'obbligazione: " Se si parla di una mancanza di potere dell'obbligazione, perchè è esclusa la difesa privata, si dovrebbe ugualmente parlare di mancanza di potere della proprietà, perchè il proprietario non può con la propria forza togliere la sua cosa dal possesso del terzo, ma, per riavere la sua cosa, ha bisogno del potere pubblico. SOHM parte soprattutto da una così netta contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico, che in realtà non esiste. Il diritto pubblico, nella sua applicazione come diritto processuale, deve realizzare gli scopi del diritto privato: il processo è un organismo, che si pone a servizio del diritto privato ". Così pure ultimamente GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, pag. 852.

(*vendita*) è l'esercizio di un diritto di alienazione spettante al creditore. Il terzo infine (*assegnazione del prezzo in pagamento*) completa e determina i due precedenti rivelando che la facoltà di alienare spettante al creditore ha per fine appunto il soddisfacimento sul prezzo dell'equivalente pecuniario della prestazione. Breve: il processo di esecuzione per via di espropriazione è semplicemente la *realizzazione del diritto del creditore di vendere i beni del debitore allo scopo di soddisfarsi sul prezzo.* Questa facoltà di vendere i beni e di pagarsi sul prezzo è il contenuto del diritto del creditore, che siamo finalmente in grado di qualificare. Fra le varie categorie di diritti privati ve n'ha una il cui contenuto è precisamente identico: il *diritto di pegno.*

Come figura generale e in ampio senso il diritto di pegno è la facoltà di soddisfarsi sulla cosa altrui di un credito, in caso di inadempimento del debitore. Nelle forme più imperfette e primitive il soddisfacimento è ottenuto mediante attribuzione della *proprietà* della cosa. Nelle forme più perfette il soddisfacimento è ottenuto in modo più semplice attribuendo al creditore pignoratizio il diritto di pagarsi sul *prezzo* della cosa (1). In questo senso più proprio e più ristretto il diritto di pegno è il diritto al *valore pecuniario della cosa*, o, per esser più precisi, è il *diritto di realizzare e far proprio il valore pecuniario della cosa*, in caso di inadempimento del debitore (2). Ebbene, questo è appunto lo scopo della esecu-

---

(1) Si parla perciò di un pegno in ampio senso e di un pegno in senso stretto (cfr. DERNBURG, *Das Pfandrecht nach dem Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Leipzig, 1860-1864: I, pag. 96-97). Si ha pegno mediante trasferimento della proprietà nella *fiducia* romana; anche nel diritto moderno è possibile costituire un pegno trasferendo la proprietà: così, per es.: nel pegno di titoli all'ordine mediante girata traslativa (cfr. VIVANTE, *Trattato di dir. comm.*, III, n. 1128: GRUNHUT, *Wechseslrecht*. Wien, 1897, II, pag. 144, nota 3), nella prestazione di una cauzione mediante sborso di una somma di denaro, e in genere, nel così detto *pegno irregolare* (cfr. DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 429). Anche il SOHM, *Die Lehre vom Subpignus*, Rostock, 1864, pag. 7-8, che combatte la terminologia del DERNBURG, è d'avviso che il pegno possa assumere diverse forme giuridiche. Cfr. anche BREMER, *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*, Leipzig, 1867, pag. 11-12.

(2) Può dirsi oramai raggiunto un certo accordo nel definire il pegno come un *diritto al valore della cosa*. È già in questo ordine di idee il SOHM, *Die Lehre vom Subpignus*, pag. 12 e segg., che fa del diritto di pegno un diritto

zione forzata in via di espropriazione: vendere i beni del debitore per attribuire il prezzo al creditore, o ai creditori, se più sono i creditori. Bene a ragione possiamo perciò qualificare il processo di espropriazione come la realizzazione, per opera dello Stato, del diritto di pegno spettante al creditore sul patrimonio del debitore.

16. Tuttavia contro questa conclusione sono state elevate difficoltà, che occorre eliminare.

a) La prima obbiezione deriva da ciò che il diritto di pegno non toglie al proprietario la disponibilità della cosa, mentre coll'inizio del procedimento esecutivo, e precisamente col pignoramento, pei beni mobili, e col precetto trascritto, per gli immobili, i beni soggetti all'espropria diventano indisponibili per il debitore(1).

---

insieme *su un oggetto* e *ad un valore patrimoniale*, ricollegandolo, sotto il primo punto di vista, ai diritti reali, e sotto il secondo, ai diritti di obbligazione. Il concetto del diritto ad un valore fu poi accolto dal BREMER, *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*, Leipzig, 1867, pag. 65 e segg. (diritto di appropriarsi il valore), dal FUCHS, *Das Wesen der Dinglichkeit*, pag. 93 e segg. (diritto alla *realizzazione del valore*); dal KOHLER, *Pfandrechtliche Forschungen*, pag. 47 (facoltà di portare un determinato valore nel proprio patrimonio mediante realizzazione del valore di un bene determinato): e dal nostro CHIRONI, *Trattato del pegno, dei privilegi e delle ipoteche*, Torino, 1894-1902, I, *passim* e specialmente num. 28 e segg. La formula *diritto al valore* (che il CHIRONI adotta) non può andar esente da qualche critica: si può osservare che il valore è semplicemente un *rapporto* e precisamente è il rapporto con cui i beni si scambiano (v. VALENTI, *Riv. di dir. comm.*, 1910, 2, 238), e che non si può aver diritto ad un rapporto. La critica è evitata, precisando, come è fatto nel testo, che il diritto ha per oggetto il *valore pecuniario* della cosa, ossia la quantità di denaro che se ne può ottenere mediante lo scambio. Ad ogni modo il concetto viene formulato anche meglio, ed è meglio messo in luce il carattere *reale* del pegno, dicendo che questo è il diritto di *realizzare a proprio vantaggio il valore pecuniario della cosa.*

(1) Per gli immobili l'indisponibità risulta testualmente dall'art. 2085 cod. civ.: per i mobili dal fatto che il debitore ne perde il possesso (art. 596, 599, 600, 612 cod. proc. civ.) e dalla statuizione espressa dall'art. 203, cap. 1°, cod. pen., che punisce penalmente l'alienazione delle cose pignorate fatta dal proprietario. Del resto su questo punto la dottrina è concorde. V. per tutti MATTIROLO, *Trattato di dir. giud. civ.*, V (5ª ed.), num. 749 e 788; MORTARA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, parte 2ª, n. 126. Per il diritto francese v. *Code de procédure civile*, art. 688, 689, 690, 691, 692 e 693, i quali vietando in principio l'alienazione degli immobili, la riconoscono valida solo nel caso

Rispondiamo, anzitutto che, in ogni caso, l'indisponibilità conseguente al pignoramento (1), può essere argomento per ritenere che in questa figura giuridica concorra, oltre al pegno, qualche altro elemento, non per negare che il procedimento di espropriazione forzata e il pignoramento con cui si inizia siano realizzazione del diritto di pegno. Se ciò sia vedremo in seguito. Ma fin d'ora possiamo affermare che il pegno basta da solo a spiegare l'indisponibilità, e che se pure il pignoramento non fosse altro che l'atto con cui si inizia l'esercizio del generale diritto di pegno spettante al creditore sul patrimonio del debitore considerato come *universitas*, ne dovrebbe inevitabilmente derivare il divieto pel debitore di alienare le cose pignorate. La indisponibilità, invero, è dovuta alla speciale natura del diritto di pegno spettante al creditore sul patrimonio del debitore. Si tratta, come abbiamo accennato, e come vedremo meglio in seguito, di un pegno che ha per oggetto non singoli beni del debitore individualmente determinati, ma tutto il patrimonio considerato come *universitas*. Le cose, di cui consta il patrimonio, non sono comprese nel diritto di pegno, se non in quanto fanno parte del patrimonio, e finchè ne fanno parte: donde la conseguenza che il debitore può sempre, alienando una singola cosa

---

che l'acquirente soddisfi integralmente i creditori (CARRÉ et CHAUVEAU, *Les lois de la procédure civile*, V, num. 2531 e segg.). Per i mobili v. art. 600 (CARRÉ et CHAUVEAU, V, n. 2059).

(1) Riuniamo sotto questa espressione comprensiva tanto il *pignoramento dei mobili* quanto il *precetto immobiliare* trascritto, che sono manifestazioni diverse di uno stesso istituto giuridico. Il riavvicinamento è giustificato dalla perfetta somiglianza degli effetti giuridici che l'uno e l'altro producono. Ed invero, il pignoramento dei beni mobili produce la perdita della disponibilità (arg. articolo 203, cap. 1° cod. pen.): e la stessa facoltà produce il precetto immobiliare trascritto (art. 2085 cod. civ.): il pignoramento è l'atto immediatamente preparatorio della vendita (art. 604, 610, 620 cod. proc. civ.), come il precetto trascritto è l'atto immediatamente preparatorio della subasta (art. 659 cod. proc. civ.). Del resto, la legge stessa pone espressamente alla stessa stregua il pignoramento mobiliare e il precetto immobiliare trascritto (art. 569, cap. 1, cod. proc. civ.). Cfr. BOSELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, nella " Rivista italiana per le scienze giuridiche ", VII (1889), pag. 4: " Il precetto immobiliare (trascritto) ha dunque il suo corrispondente nel *pignoramento*, non già nel *precetto* mobiliare..... Gli effetti che la legge attribuisce alla trascrizione del precetto immobiliare sono dunque analoghi a quelli sopra accennati pel pignoramento ".

che gli appartiene, sottrarla al diritto di pegno dei suoi creditori. A questa situazione giuridica il pignoramento reca una modificazione profonda. Col pignoramento si inizia l'esercizio effettivo del diritto di pegno: e perciò di necessità le singole cose su cui cade il pignoramento sono determinate come appartenenti all'*universitas*, e quindi come soggette al pegno. Sotto questo punto di vista esse diventano inalienabili. Il debitore non può, dopo il pignoramento, alienare la cosa, cioè farla uscire dal patrimonio, unicamente perchè la cosa è oramai, di fronte al creditore, definitivamente determinata come appartenente al patrimonio e quindi soggetta al diritto di pegno. L'alienazione della cosa, in questo caso particolare, diventa incompatibile col diritto di pegno (1).

17. *b)* Un altro punto, che può offrire qualche difficoltà per la costruzione del diritto dei creditori sul patrimonio del debitore come un diritto di pegno e della esecuzione per via di espropriazione come realizzazione del diritto di pegno, concerne la possibilità di concepire un diritto di pegno che non conferisca al titolare alcun privilegio. Un pegno, si è osservato, " che garantisce tutti in parti uguali, è un controsenso giuridico " (2).

La questione sta tutta nel decidere se il privilegio sia elemento essenziale del pegno, e perciò quali rapporti intercedano tra il pegno e il privilegio. Che concettualmente il privilegio ed il pegno siano figure tra loro affatto distinte, è comunemente ammesso ed è cosa, di cui non è lecito dubitare. Il privilegio è il diritto che un singolo creditore ha, *di fronte agli altri creditori*, di farsi pagare con preferenza sul prezzo ricavato dalla liquidazione forzata di un singolo bene o anche di tutto il patrimonio del debitore; è una condizione di favore fatta a un creditore nel *concorso di più*

(1) Il diritto di alienazione del proprietario trova un limite naturale nella possibilità della coesistenza del diritto di pegno del creditore: infatti la facoltà di alienare rimane nel proprietario, in quanto il diritto reale del creditore pignoratizio non ne sia danneggiato, cfr. Dernburg, *Pfandrecht*, II, pag. 8.

(2) Menestrina, *L'accessione nella esecuzione*, pag. 26: così anche Bonelli, *La personalità giuridica*, cit. " Riv ital. per le scienze giur. ", VI (1888), pag. 224; Menger, *Beiträge zur Lehre von der Execution* cit., pag. 451 testo e nota 5; Fadda e Bensa, *Note alle Pandette del* Windscheid, pag. 669.

creditori durante il procedimento esecutivo. Il pegno invece, come abbiamo veduto, è il diritto che il creditore ha, *di fronte al proprietario della cosa*, sia o non sia debitore, e *di fronte a qualunque terzo successore*, di *realizzare* il valore di essa mediante vendita e far proprio il prezzo. Il privilegio dunque presuppone sia realizzato il valore della cosa, cioè presuppone: 1° che la cosa si trovi ancora nel patrimonio del debitore al momento dell'esecuzione; 2° che sia avvenuta la vendita e si sia ricavato il prezzo. Solo in questo momento, quando cioè si apre il concorso dei creditori sul prezzo, entra in scena il privilegio. Al contrario il diritto di pegno conferisce addirittura la facoltà di *realizzare* il valore della cosa. Il privilegio non è un diritto reale a doppio titolo; perchè non implica un potere immediato sulla cosa, e perchè non si può far valere di fronte a qualunque proprietario o possessore di essa; mentre il pegno è diritto reale perchè importa un potere sulla cosa, che si può esercitare di fronte a tutti (1). L'esattezza del resto di questa distinzione tra privilegio e pegno è provata dal fatto che può darsi benissimo privilegio senza pegno (e su questo punto non vi sono difficoltà) come può darsi anche pegno senza privilegio. Sicuramente il pegno, in quanto cade su una cosa determinata singolarmente, ha normalmente per *risultato* anche il soddisfacimento del titolare con preferenza di fronte a chi non ha diritto di pegno su quella cosa, ma questo vantaggio è una conseguenza *di puro fatto* dell'esercizio del diritto di pegno, e non fa parte del contenuto di questo diritto (2). Si pensi al caso che per garanzia del credito sia data in pegno la cosa appartenente a un terzo. In questo caso non si può parlare di privilegio; il creditore pignoratizio non ha alcun diritto di preferenza in confronto degli altri creditori del suo debitore: egli si trova certo in una situazione privilegiata di fronte agli altri creditori, ma non ha alcun privilegio in senso tecnico. Anche il caso, inverso, del resto, è possibile: che il diritto di pegno sulla cosa del debitore vi sia, e il vantaggio di puro fatto d'esser pagato con preferenza, manchi.

---

(1) Cfr. su ciò: ZACHARIAE-CROME, *Handbuch d. französischen Civilrechts*, II, pag. 4; CHIRONI, *Privilegi e ipoteche*, I, pag. 136 e segg.; PLANIOL, *Droit civil*, II, num. 2548; ROCCO, nella "Riv. di dir. comm.", 1906, II, pag. 136-137.

(2) V. in seguito num. 18.

Ciò avviene quando sulla stessa cosa spetti il diritto di pegno a più persone, in modo che il diritto di ciascuno sia pari a quello degli altri: nasce allora un concorso di creditori pignoratizi, nel quale, per sè solo, il diritto di pegno non conferisce alcun privilegio (1). Ciò accade poi sempre, quando il debitore non abbia altri creditori, o sia completamente solvibile: in questo caso il pegno esiste e funziona, ma il vantaggio di esser pagato con preferenza, manca. E ciò accade specialmente nel caso nostro, in cui il diritto di pegno spetta non ad un singolo creditore, ma *a tutti i creditori*. Allora è ben naturale che manchi il *vantaggio* di esser pagato con preferenza: quel vantaggio deriva da una condizione di fatto che qui non esiste; la concorrenza di un credito garantito da pegno su una cosa, con crediti non garantiti da pegno sulla medesima cosa. In questo caso il pegno si manifesta dunque nella sua figura genuina, non turbata dalla coesistenza di effetti riflessi, come semplice diritto alla realizzazione del valore della cosa e alla sua appropriazione fino all'ammontare del credito.

Un'ultima osservazione, che, mentre vale a ribadire quanto si è detto finora circa la distinzione tra pegno e privilegio, mostra, per altro verso, come sia possibile concepire il diritto dei creditori sul patrimonio del debitore come un diritto di pegno generale.

---

(1) Concorrenza di diritti di pegno uguali si può avere in vari casi: 1° quando la cosa è pignorata a più persone e nella costituzione del pegno è stabilito che essa deve rispondere verso ciascun creditore per la sua totalità: 2° quando i diversi diritti di pegno sono costituiti contemporaneamente, ma in atti diversi, senza che i diversi creditori abbiano reciprocamente notizia della loro concorrenza: 3° quando al creditore pignoratizio succedono più eredi. V. su questi casi di pegno solidale Dernburg, *Pfandrecht*, II, pag. 407-411. In questi casi, secondo il diritto romano, decideva della priorità il fatto del possesso: Dernburg, *Pfandrecht*, II, pag. 406; Windscheid, *Pand.*, § 240, sub *a*; Baron, *Pand.*, 9ª ed., Leipzig, 1896, § 203, sub. II. Ma (osserva il Dernburg) è possibile che questo criterio manchi, e manca quando nessuno dei creditori pignoratizi ha il possesso e la cosa è venduta dal giudice nel giudizio di subasta o di concorso: in tal caso si potrebbe dare la preferenza a chi prima presenta al magistato la domanda di vendita: questo criterio non è però da accettare, perchè il giudice non rappresenta il creditore instante, ma deve tutelare egualmente gli interessi di tutti i partecipanti. In conclusione, il giudice deve fare una uguale ripartizione del ricavato fra tutti coloro che hanno diritti uguali. Cfr. Dernburg, *Pfandrecht*, pag. II, pag. 406. Ecco dunque come in questo caso il pegno non dà, di per sè, preferenza.

Vi è un caso in cui il generale diritto di garanzia dell'art. 1949 Cod. civ. è accompagnato anche da un diritto di prelazione a favore dei creditori; ed è un caso molto importante praticamente e teoricamente: quello in cui debitore sia una società commerciale. Il patrimonio della società commerciale *garantisce* (nel senso dell'art. 1949) due categorie di creditori: i creditori sociali e i creditori particolari dei soci. Ma garantisce questi ultimi subordinatamente ai primi, ossia solo per quella parte che resta, pagati i creditori sociali (art. 85 Cod. comm.). Al diritto sul patrimonio dell'art. 1949 si unisce qui un vero diritto di prelazione a favore dei creditori sociali (1). Dovremo dire che nel caso della società il diritto dell'art. 1949 è un diritto di pegno e non lo è nel caso in cui debitore sia una persona singola, perchè là esiste il diritto di prelazione e qui manca? La conclusione evidentemente eccessiva rivela la fallacia della premessa: che il concetto di una prelazione caratterizzi il diritto di pegno.

18. *c)* Contro la costruzione del diritto dei creditori sui beni del debitore come un diritto di pegno può ancora obbiettarsi la difficoltà di conciliare l'esistenza del diritto di pegno generale spettante a tutti i creditori, con la eventuale costituzione di un diritto speciale di pegno su una singola cosa del debitore, a favore di un creditore singolo. Ma la coesistenza dei due pegni è conciliabilissima, quando si pensi che essi cadono su differenti oggetti. Il diritto dell'art. 1949 Cod. civ. cade su tutto il patrimonio del debitore considerato come *universitas*; il diritto di pegno del creditore singolo invece ha per oggetto una cosa determinata individualmente: mentre perciò il pegno generale comprende le cose appartenenti al patrimonio solo come elementi della *universitas*, e finchè restano tali; il pegno singolare colpisce la cosa in sè, individualmente considerata e la segue anche quando è uscita dal patrimonio. Il conflitto tra il diritto speciale e il diritto generale di pegno, se la cosa continua a rimanere nel patrimonio del debitore, si compone in modo assai semplice; con la costituzione del pegno speciale si opera una parziale alienazione della cosa

(1) Cfr. le giuste osservazioni dello Sraffa, *La riduzione del capitale e i diritti dei creditori*, nella " Riv. di dir. comm. ", 1906, I, pag. 109.

(*alienazione del valore*), e la cosa continua a far parte del patrimonio del debitore diminuita del valore alienato, ossia gravata dal pegno speciale (*cum sua causa*): sulla cosa gravata cade il diritto di pegno generale degli altri creditori, il cui esercizio è perciò subordinato all'esercizio del diritto di pegno speciale da parte del creditore singolo.

d) Un'altra obbiezione concerne la possibilità, da taluni negata, di un diritto di pegno avente per oggetto non una cosa singolarmente determinata, ma un complesso di cose, una *universitas* come tale (1). La difficoltà consiste in ciò che nel pegno dell'*uni*-

---

(1) Noi consideriamo il patrimonio come una *universitas*. Cfr. specialmente: Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886–1889, I, pag. 134-137; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, pag. 56–57; Zachariae-Crome, *Handb.*, I, pag. 313–317; Baron, *Pand.*, § 37 in fine. Contro il concetto del patrimonio come *universitas*, v. Fadda e Bensa, *Note al* Windscheid, I, pag. 666 e segg. Decidere se si tratti di una *universitas iuris* o di una *universitas facti*, dipende dal concetto che si ha delle *universitates iuris*, e dal criterio che si pone a base della distinzione tra *universitas iuris* e *universitas facti*. *Universitas* in generale è da ritenere ogni *complesso di cose* (corporali o anche incorporali) *riunite insieme da forze intrinseche o estrinseche, per uno scopo comune, e perciò considerate come una unità* (Gli scrittori tedeschi mettono in rilievo la circostanza che il complesso viene designato con un unico nome: è questo invero il segno esteriore del fatto che le varie cose sono concepite come unità: vedi così Fuchs, *Wesen der Dinglichkeit*, pag. 79: Förster-Eccius, *Preussisches Privatrecht*, I, pag. 106). Per taluni di questi complessi (per es., il gregge, la mandra di cavalli, lo sciame di api) la riunione deriva da una forza intrinseca: così nel gregge, nella mandra, nello sciame, la forza intrinseca unificatrice è l'istinto, che aggrega i singoli elementi per lo scopo della vita in comune. Per altri complessi invece (per es., la biblioteca) la riunione deriva da una forza estrinseca: la volontà dell'uomo, che aggrega i singoli elementi per farli servire a scopi suoi proprii. Questa riunione per uno scopo comune fa sì che il tutto sia determinato dallo scopo, mentre i singoli elementi sono determinati non individualmente, ma dalla loro appartenenza al tutto. Il che spiega come il complesso possa rimanere identico, mentre variano i singoli elementi, e che oggetto del diritto sia appunto da considerare il tutto: v. Baron, *Pand.*, pag. 71, sub. I; Förster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, I, pag. 106: Fuchs, *Wesen der Dinglichkeit*, pag. 79 e segg.; Cosack, *Lehrb. d. bürg. Rechts*, I, pag. 132, sub. n. 2; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, pag. 53. Circa la distinzione tra *universitas iuris* e *universitas facti* propendiamo a credere che il criterio distintivo debba desumersi dalla natura della forza che opera la riunione degli elementi in un complesso e li destina a uno scopo comune: se la riunione è opera della volontà generale, ossia di precetti dell'ordinamento giuridico, si ha una *universitas iuris* (per

versitas il diritto reale cadrebbe sul complesso e non sui singoli elementi che lo compongono, mentre secondo la natura delle cose, la signoria di fatto dell'uomo è possibile solo sulle singole parti, di cui il tutto è formato, ma non è concepibile direttamente sull'unità del tutto, la quale esiste solamente nel nostro pensiero (1). L'obbiezione si supera osservando che nel diritto reale sull'*universitas* il potere cade effettivamente sulle cose componenti il complesso, ma le cose vi sono soggette solo in quanto appartengono al complesso. O, in altri termini, il diritto reale (nel caso nostro, il pegno) sopra una *universitas* ha per oggetto cose determinate non individualmente, ma dal fatto della loro appartenenza alla *universitas* (2). Infatti il diritto romano ci offre l'esempio del

---

esempio, la eredità); se la riunione è opera della volontà privata o di forze intrinseche alle cose stesse, si ha una *universitas facti* (per es.: la biblioteca, l'azienda commerciale, il gregge). V. Vivante, *Trattato*, III, n. 832. Tutto ciò premesso, consideriamo la cosa di fronte al patrimonio. Che si tratti di una *universitas*, ci sembra fuori di dubbio. Il centro unificatore dei diversi elementi è qui il titolare del patrimonio. Nei diversi diritti, di cui consta il patrimonio, sono garantiti scopi della stessa persona, ed è riconosciuta efficacia giuridica per il loro raggiungimento, alla volontà della stessa persona. I varî poteri giuridici (facoltà e pretese) inerenti a ciascun diritto, sono rivolti a garantire scopi che, avendo comune il soggetto, sono, sotto questo punto di vista, comuni. La comunanza del subietto è una forza intrinseca, che tiene uniti strettamente i varî diritti e ne rivolge di necessità, l'esercizio, ad uno scopo comune. La esistenza delle università dipende qui da un fatto inerente alla struttura stessa dei diversi elementi che costituiscono il patrimonio: la comunione del subietto. Ciò importa che non si tratti di una *univertatis iuris*. perchè il diritto obiettivo è perfettamente estraneo a questo raggruppamento, dovuto solamente al fatto della coincidenza di varî diritti sullo stesso titolare, ma di una *universitas facti*, e precisamente di uno di quei tipi di *universitas facti*, in cui la riunione è operata da qualche cosa di intrinseco agli stessi elementi. Si applica benissimo al patrimonio, considerato come complesso di diritti, ciò che il Windscheid (*Pand.*, § 137, nota 7) dice delle università di cose corporali: " ciò che è decisivo è, che il tutto viene costituito, tenuto unito e mantenuto da alcunchè insito alle singole parti ". Sulle *universitates*, v. Milone, *Le universitates rerum*, Napoli, 1897; Tendi, *Le universitates rerum nel diritto italiano*, Firenze, 1906.

(1) Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 453.

(2) V. Förster-Eccius, *Preussisches Privatrecht*, I, pag. 106: " Die einzelnen Stücke, aus denen der Inbegriff sich bildet, können wechseln, ausscheiden und andere hinzutreten: das Ganze wind dadurch für das Recht und für die Recht-

pegno sul *gregge* e sulla *taberna*, e il diritto moderno, quello di pegno sull'*azienda commerciale* (1).

19. Riassumendo, il diritto del creditore sul patrimonio del debitore, riconosciuto dall'art. 1949 Cod. civ., è un vero diritto di pegno (2). È un pegno, nella sua forma essenziale, sceverata di tutti gli elementi che in questa figura giuridica si possono innestare, ma che non sono della sua essenza. Qui appare appunto il pegno, ridotto ai suoi termini più semplici, come puro e semplice diritto al *valore pecuniario di una cosa altrui*. Questo è il diritto che viene realizzato nell'esecuzione forzata dei crediti, la quale importa pertanto l'alienazione della cosa, e l'attribuzione del prezzo al creditore o ai creditori. Lo *scopo* determina la natura del mezzo

---

sverhältnisse, denen es angehört, nicht ein anderes. *Aber wenn auch hier eine Mehreit von Sachen unter einem Namen vereinigt erscheint: der Gegenstand des Rechts ist nicht der darüber schwebende unkörperliche Name oder der durch ihn ausgedrückte Begriff, sondern die einzelnen körperlichen Sachen* „.

(1) Cfr. Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 458 e segg.; Chironi, *Privilegi e ipoteche*, I, pag. 459; Behrend, *Lehrb. des Handelsrechts*, Berlin, 1886-1896, pagine 210-211; Navarrini, nel “ Dir. comm. „ 1898, pag. 869 e segg.

(2) Uno studio sulla natura del diritto spettante al creditore sul patrimonio del debitore manca nella dottrina italiana e francese, se se ne eccettuino gli accenni del Troplong, *Commentaire des privilèges et hypothèques*, Bruxelles, 1844, I, pag. 59-60, del Chironi, *Pegno, privilegi e ipoteche*, I, pag. 4 e segg., 26 e segg., 52 e segg., pag. 411-412, e dei prof. Fadda e Bensa, *Note cit.*, pag. 668-669, i quali tutti negano che si tratti di un diritto di pegno in senso proprio. Ma tutti partono dalla concezione del pegno come di un diritto reale di garanzia su cosa determinata individualmente, e non come figura giuridica generale. Nella dottrina tedesca è dibattuta la questione se nasca un diritto di pegno con l'inizio della esecuzione (v. citazioni in Ohmeyer, *Die juristische Natur des Befriedigungsrechts*, nella “ Zeitschrift di Grünhut „ XXXI (1905), pag. 365 e segg.). La costruzione del diritto dei creditori sul patrimonio come un vero diritto di pegno anteriore all'esecuzione è invece assai ben delineata dallo Ziebarth, *Die Realexecution und die Obligation*, Halle, 1866, pag. 30-31, 42, 48, 175-176; v. specialm. pag. 42: “ Bei den Geldfordenungen ist es ja nicht die Obligation, das persönliche Recht, welches den Gläubiger zur Auspfändung des Schuldners befugt macht, sondern das accessorische dingliche Recht, das Pfandrecht „. Contro Ziebarth si sono pronunciati però: Degenkolb, rec. nella “ Kritische Vierteljahrsschrift „ IX, pag. 209 e segg.; Hartmann, *Die Obligation*, pag. 124; Ryck, *Die Obligatio*, pag. 14.

esecutivo da adoperarsi e qualifica l'esecuzione dei diritti di credito come una una esecuzione *per via di espropriazione* (1).

Ogni diritto di credito è adunque accompagnato da un diritto di pegno sul patrimonio del debitore, il quale nasce contemporaneamente all'obbligazione, e non al momento della esecuzione (2). La impossibilità che il diritto di pegno sorga per effetto della esecuzione è dimostrata intanto dalla natura stessa del processo esecutivo come aspetto o momento dell'esercizio della funzione giudiziaria, da cui i diritti privati sono realizzati e non mai creati o modificati. Ma anche da singole norme di diritto positivo risulta la esistenza del diritto di pegno anteriormente all'esecuzione. Vedremo in seguito, studiando la disciplina giuridica del diritto di pegno generale, che vi sono importanti manifestazioni del diritto di pegno anche prima dell'esecuzione: ci limiteremo ora a ricordare: l'azione revocatoria (art. 1235 Cod. civ.), l'azione surrogatoria (art. 1234), la facoltà di ottenere il sequestro conservativo (art. 924 Cod. proc. civ.).

Oggetto del diritto di pegno è il patrimonio del debitore considerato come *universitas*, e quindi tutti i beni di ogni genere, corporali e incorporali, che in ciascun momento concorrono a costituire l'universalità patrimoniale. Ciò si desume testualmente dall'art. 1948 Cod. civ. per l'art. 1948: " chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili presenti e futuri ". Vale a dire, che tutto il patrimonio, considerato come *universitas*, serve a garantire le obbligazioni. Il pegno non cade su ciascun bene in sè considerato, ma in tanto, in quanto fa parte dell'*universitas*. L'oggetto del diritto non è determinato individualmente, ma dal fatto della sua appartenenza al complesso.

Il diritto di pegno generale spetta a ogni creditore come tale; ciascun creditore ha quindi diritto al valore pecuniario delle cose componenti il patrimonio fino a concorrenza dell'ammontare della prestazione, se questa è in denaro, o di una somma di denaro equivalente alla prestazione, se questa è di altra natura. Quando i creditori sono più, ne nasce un *concorso di diritti* sulla mede-

---

(1) V. più oltre, num. 21 e segg.

(2) V. sopra.

sima cosa. Si tratta di un concorso di diritto di *pari grado*, e non già di grado diverso. Ciò riconosce espressamente l'art. 1949: " i beni del debitore sono la garantia **comune** dei suoi creditori, e **questi vi hanno tutti uguale diritto**, quando fra essi non vi sono cause legittime di prelazione „. Che cosa importi giuridicamente e come si regoli praticamente questo concorso di diritti, vedremo in sèguito.

20. Stabilita così l'esistenza di un diritto di pegno generale spettante a ciascun creditore sul patrimonio dell'obbligato, dobbiamo ora, brevemente, studiarne le diverse manifestazioni nel diritto positivo. In tal modo da un lato sarà sempre meglio delineata e precisata la figura del pegno generale: dall'altro uscirà rafforzata da nuove prove e da nuovi argomenti la dottrina che costruisce il diritto dei creditori sul patrimonio come un diritto di pegno.

Il diritto di pegno come diritto al valore della cosa è un diritto reale; esso importa cioè un potere immediato sulla cosa, il cui esercizio tutti sono tenuti a rispettare. Questo potere immediato si sostanzia nella realizzazione e nell'appropriazione del valore, e si manifesta, come in tutti i diritti reali, in una serie di facoltà dirette appunto a quello scopo. A tale somma di facoltà, tra cui primeggia la facoltà di alienazione, non corrispondono obblighi determinati, ma il solo obbligo generico e negativo di rispettare il titolare nel godimento del bene garantitogli, che nel caso nostro, è il valore pecuniario della cosa. Il pegno si rivela pertanto, nel diritto positivo, in due categorie di norme. In alcune si riconoscono e disciplinano le *facoltà* attribuite al creditore, come titolare del diritto di pegno generale, e fra queste principalissima la facoltà di alienare le cose e di farne proprio il prezzo. In altre si sanziona l'*obbligo generico* di rispettare l'esercizio del diritto e si stabiliscono le conseguenze della sua violazione. Gli istituti giuridici che presuppongono il pegno, e che ne regolano le conseguenze, sono principalmente: l'*esecuzione forzata per via di espropriazione*; il *sequestro*; l'*azione surrogatoria*; l'*azione revocatoria*. Di tutti e quattro esamineremo sommariamente i concetti informatori; riavvicinando questi istituti al diritto di pegno generale ne guadagnerà in chiarezza la loro costruzione; molte questioni pratiche, che intorno ad essi si agitano, ne resteranno illuminate

di nuova luce, e ci saremo meglio messi in grado di intendere lo spirito e i principii fondamentali dell'istituto giuridico del fallimento.

Art. 2.

Manifestazioni del diritto del creditore sul patrimonio: espropriazione forzata; sequestro; azione surrogatoria; azione revocatoria.

Sommario: 22. L'esecuzione forzata per via di espropriazione come realizzazione del diritto di pegno accessorio. — 23. Natura del processo di espropriazione. — 24. Sue fasi: il pignoramento. — 25. La vendita. — 26. L'attribuzione del prezzo. — 27. Il sequestro conservativo. — 28. Continua. — 29. L'azione surrogatoria. — 30. L'azione revocatoria.

22. *L'esecuzione forzata* è la manifestazione più importante del diritto del creditore sul patrimonio. L'esecuzione forzata del credito non è, in realtà, realizzazione del diritto di credito; è, invece, realizzazione del diritto di pegno accessorio che accompagna il credito. Questo spiega come l'esecuzione forzata dei crediti sia una esecuzione per via di espropriazione. Vi è, in genere, in tutti i campi del processo esecutivo, corrispondenza tra il diritto da realizzare e il *mezzo esecutivo* scelto per realizzarlo: il diritto, per cui si procede all'esecuzione forzata, determina il mezzo esecutivo, e quindi la natura del processo in cui la realizzazione avviene (1).

(1) È merito della dottrina tedesca aver messo in rilievo l'importanza del concetto di " mezzo esecutivo " e l'aver distinto l'*esecuzione* dai *mezzi esecutivi*; v. Wetzell, *System des ordentlichen Civilprozesses*, 3ª ed., Leipzig, 1878, pag. 634 e segg.; Menger, *Beiträge zur Lehre von der Execution*, pag. 385 e segg.; 320 e segg.; Canstein, *Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilprozessrechtes*, Berlin, 1880-1882, II, pag. 737; Bunsen, *Die Lehre von der Zwangsvollstreckung*, cit., pag. 25-26; Neumann, *Die Executionsordnung systematisch dargestellt*, Wien, 1900, pag. 1-2, 80-83; Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, Wien, 1903-1905; I, pag. 53 e segg.; Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, Stuttgart, 1903-1905, II, pag. 4-5; Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*, 2ª ed., Leipzig,

Così è del diritto di pegno generale spottante al creditore. Il diritto di pegno è diritto al *valore pecuniario* della cosa: realizzarlo, significa conseguire questo valore pecuniario. Far conseguire al creditore il valore pecuniario dei beni costituenti il patrimonio del debitore, è lo scopo del processo, nell'esecuzione forzata dei crediti. Questo scopo non può conseguirsi che mediante l'*espropriazione* del debitore: l'esecuzione dei diritti di credito è, dunque, essenzial-

---

1906, pag. 917 e segg. In Italia: Chiovenda, *Principî*, pag. 202, e *Saggi di diritto processuale*, pag. 9 e segg. in nota. In realtà, il mezzo esecutivo è il momento più importante del processo di esecuzione forzata. Come osserva giustamente lo Schmidt, *Lehrb.*, pag. 917, la *forma* del procedimento dipende esclusivamente dalla natura del mezzo esecutivo: e si comprende, poichè il processo non è che *applicazione* del mezzo esecutivo. Invece il mezzo esecutivo, se *normalmente* corrisponde alla natura del diritto da realizzare (cfr. Menestrina, *Accessione*, pag. 43-44), non si trova con esso in un rapporto di connessione costante ed unico: lo stesso diritto può essere realizzato mediante l'impiego di mezzi esecutivi diversi (per es.: il diritto di credito può essere realizzato sia mediante l'espropriazione del patrimonio, sia mediante costrizione della volontà, multe, arresto personale); e uno stesso mezzo esecutivo può servire a realizzare diritti diversi (tutti i mezzi esecutivi che agiscono sulla volontà possono servire alla realizzazione di diritti differentissimi). Ciò significa, che le varie specie di processi esecutivi corrispondono in modo preciso solo ai mezzi esecutivi, di cui sono applicazione, e non già ai diritti, che mirano a realizzare: e in una sistemazione del processo di esecuzione, il criterio di distinzione da adottarsi è appunto quello che parte dalla distinzione tra i diversi mezzi esecutivi. Invece, proprio in Germania, è invalso l'uso di distinguere le varie specie di processi esecutivi secondo i diritti che realizzano e non secondo i mezzi esecutivi che attuano; si parla colà di *esecuzione per crediti in danaro*; di *esecuzione per la consegna o il rilascio di una cosa*: di *esecuzione per ottenere un fatto* (la traccia è data dai *Regolam. processuali* germanico e austriaco: v. C. P. O. germ., § 803 e segg.; 883 e segg.; E. O. austr., § 87 e segg.; 346 e segg.; ai quali si ispirano le classificazioni del Neumann, *Executionsordnung*, pag. 81 e segg.; del Menestrina, *L'accessione*, pag. 49 e segg. e di altri). Sotto questo punto di vista è più esatta la classificazione del nostro Codice di procedura, che parlando di *spropriazione* e di *arresto personale*, accenna appunto a considerare il *mezzo esecutivo* e non il *diritto* da realizzare. Ma è vero che mentre il criterio è poi abbandonato a proposito della esecuzione per consegna o rilascio, dove si dovrebbe parlare più propriamente di *immissione in possesso* (riferendosi all'avente diritto) o di *spossessamento* (riferendosi all'obbligato), si trascura di disciplinare tutti gli altri mezzi esecutivi atti a realizzare quei diritti che non sono suscettibili di realizzazione nè mediante l'espropriazione, nè mediante lo spossessamento.

mente, espropriazione forzata (1). I limiti e le forme della espropriazione sono determinati dallo scopo a cui tende questo mezzo esecutivo; il debitore si espropria perchè il creditore possa ottenere il valore pecuniario della cosa. La espropriazione importa perciò alienazione della cosa contro un corrispettivo pecuniario (vendita) e attribuzione del prezzo al creditore sino a concorrenza del valore pecuniario della prestazione. Solo eccezionalmente può l'espropriazione conseguire il suo scopo senza l'alienazione della cosa e l'attribuzione del prezzo: mediante, invece, la diretta aggiudicazione della cosa al creditore a titolo di proprietà. Ciò può avvenire in tre casi: 1° quando l'esecuzione cade su denaro che si trovi presso il debitore; in questo caso non occorre la realizzazione in denaro mediante vendita e si può procedere, senz'altro, all'attribuzione delle somme rilevate, sino a concorrenza dell'ammontare del credito (2); 2° quando l'esecuzione cade su un credito di somma

---

(1) Da quanto è detto nella nota precedente risulta la posizione della *espropriazione* nel sistema generale del processo esecutivo. L'espropriazione è *uno* dei mezzi esecutivi e il processo di spropriazione *uno* delle specie di processi esecutivi. *Esecuzione* e *spropriazione* non sono dunque la stessa cosa, come crede, con errore molto diffuso, la dottrina italiana e francese (v. tra gli altri MATTIROLO, *Trattato*, V, n¹ 254, 439, 602, 603, ecc.; MORTARA, *Commentario*, II, 2, n¹ 1 e segg.; 101 e segg.; DE PALO, *Teoria del titolo esecutivo*, Napoli, 1901, pag. 1 e segg.; 30 e segg.; GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, Paris, 1902, II, pag. 122 [quest'ultimo scrittore nota la impossibilità di applicare la procedura di esecuzione sui beni agli altri diritti che non siano i crediti di somme di danaro, ma in questo caso, egli afferma "il ne saurait être question d'appliquer les procédures des voies d'exécution". E più oltre aggiunge (pag. 124): "Aussi toute procédure d'execution a-t-elle un double objet; mettre le bien du débiteur sous la main de la justice: le convertir en une somme d'argent"]. Chiara è la distinzione, invece, negli scrittori tedeschi (MENGER, *Beiträge*, pag. 390 e segg.; BUNSEN, *Zwangsvollstreckung*, pag. 26; NEUMANN, *Executionsordnung*, pag. 2; WEISMANN, *Lehrb.*, II, pag. 5; SCHMIDT, *Lehrbuch.*, pag. 917-925, e fra gli italiani più recenti: MENESTRINA, *Accessione*, pag. 44 e segg.; 182 e segg.; CHIOVENDA, *Principî*, pag. 202-203; GALLI, *Il sistema della giurisdizione esecutiva*, pag. 23 e segg.; 130 e segg.). E la distinzione va tenuta ferma, sebbene non possa disconoscersi che nel sistema dei mezzi esecutivi e dei processi esecutivi la spropriazione tiene un posto, teoricamente e praticamente, preponderante.

(2) Infatti anche nel pegno speciale di una somma di danaro non occorre la vendita: anzi il denaro può essere anche dato in pegno in modo, che se ne trasferisca immediatamente la proprietà; si ha allora il c. d. pegno irre-

di danaro di spettanza del debitore esecutato: anche in questo caso non occorre la vendita per realizzare il valore pecuniario, perchè il credito di somma porta in sè stesso la determinazione del proprio valore; e si può procedere direttamente all'assegnazione (1); 3° infine, quando il valore pecuniario della cosa si possa rilevare in modo sicuro, non ecceda l'ammontare del credito, e non vi sia da far luogo al riparto fra più creditori: anche qui la realizzazione del valore può essere superflua e la cosa può essere aggiudicata al creditore (2). All'infuori di

---

golare (sul pegno di una somma di danaro. Vedi CHIRONI, *Privilegi e ipoteche*, I, n. 240; WINDSCHEID, *Pand.*, § 226*a*, nota 2; DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pagine 422-430: PFAFF, *Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung*, Wien, 1868, pag. 1 e segg.). Il caso, che fra i beni del debitore si trovi denaro è preveduto dal Cod. proc. civ., art. 597, n. 7 ult. al., 650, 652: e per l'art. 652 " il danaro pignorato „ è " assegnato o distribuito „ insieme al denaro ricavato dalla vendita. Lo stesso è per il Regol. germ., § 815 (sul quale v. GAUPP-STEIN, *Die Civilprozessordnung für das deutsche Reich*, 8ª e 9ª ed., Tübingen, 1898, II, pag. 589; SCHMIDT, *Lehrb.*[2], pag. 912-913; WEISMANN, *Lehrb.*, II, pag. 134): e per il Regol. esec. austr., § 261 (e su di esso: NEUMANN, *Executionsordnung*, pag. 103-104).

(1) Anche nel pegno speciale dei crediti non occorre la vendita: DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 465-466; WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 227 testo e nota 6, 239 testo e note 10 e 11; SOHM, *Die Lehre von Subpignus*, pag. 84-85; BREMER, *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*, pag. 211-212. Per il pignoramento dei crediti v. Cod. proc. civ., articoli 619, 620, 643. Egualmente in diritto francese: v. BERRIAT SAINT PRIX, *Cours de procédure civile*, Bruxelles, 1837, pagina 369, n. 1; CARRÉ et CHAUVEAU, *Lois de la procédure*, IV, ni 1971 *bis* e 1972 *quater*; GLASSON, *Précis de procédure civile*, II, pag. 223; GARSONNET, *Traité de procédure civile*, III, pag. 779. Per il diritto germanico e austriaco v. C. P. O. germ., § 835 e su di esso: GAUPP-STEIN, *Civilprozessordnung*, 8-9, II, pag. 626 e segg.; WEISMANN, *Lehrb.*, II, pag. 144 e segg; SCHMIDT, *Lehrbuch*[2], pag. 954 e segg.: E. O. austr., §§ 303-304, e su di essi: NEUMANN, *Executionsordnung*, pag. 151 e segg. V. inoltre: PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Nördlingen, 1888-1896, II, pag. 746 e segg.; HELLWIG, *Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen*, Leipzig, 1883, pag. 283 e segg.; RUHSTRAT, *Natur und Wirkung des Pfändungspfandrechtes an Forderungen*, nella " Zeitschrift für deutschen Civilprozess „ XIV (1890), pag. 451 e segg.; GERCKE, *Ueber die Einwirkungen des Pfändungspfandrechtes*, nella " Zeitschrift für deutschen Civilprozess „ XVIII (1893), pag. 228 e segg.; PETSCHEK, *Die Zwangsvollstreckung in Forderungen*, Wien, 1901, I, pag. 260 e segg.

(2) La stessa cosa è nel pegno speciale di cosa mobile corporale: Cod. civ., art. 1884 princ. Per il pignoramento v. Cod. proc. civ., articoli 637, 638, 643,

questi tre casi occorre sempre la realizzazione in denaro, e quindi la vendita (1).

---

650. Il perfetto parallelismo tra il pegno speciale e il rapporto sulla cosa rivelato dal procedimento di spropriazione, riguardo ai mezzi della realizzazione del valore nell'un caso e nell'altro (v. anche note 58, 59) è nuova prova della natura pignoratizia del diritto realizzato colla procedura di espropriazione forzata.

(1) Se oggetto della prestazione è una cosa individualmente determinata, e la cosa stessa si trova nel patrimonio del debitore, si avrebbe un caso analogo ai tre indicati nel testo: verrebbe a determinarsi come oggetto del pegno generale una cosa, che, per essere identica all'oggetto della prestazione, non ha bisogno di effettiva realizzazione in denaro. Potrebbe anche qui ammettersi dunque l'aggiudicazione diretta al creditore (è questa la soluzione del Regol. proc. germ., § 883 e segg.; e del Regol. esec. austr., §§ 346, 347). In diritto nostro questa soluzione trova però ostacolo nel concorso dei diritti degli altri creditori, il quale richiede che si faccia anche qui luogo alla vendita, per la distribuzione del prezzo (V. retro n. testo e nota). Un caso in cui sembra vi sia realizzazione del pegno senza vendita della cosa è anche il procedimento di *amministrazione forzata* del diritto germanico ed austriaco (*Zwangsverwaltung*). Nell'amministrazione forzata (C. P. O. germ., §§ 866, 869; *Gesetz über die Zwangsversteigerung u. die Zwangsverwaltung* vom 24 März 1897, § 146 e segg.; E. O. austr., §§ 97-132), il possesso e l'amministrazione dell'immobile sono tolti al debitore e dati ad un amministratore, nominato dal Tribunale, il quale è autorizzato a fare tutti gli atti necessari per conservare l'immobile e utilizzarlo; i frutti sono distribuiti fra gli interessati: cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*[2], pag. 995; WEISMANN, *Lehrb.*, pag. 212 e segg.; POLLAK, *System*, II, pag. 820 e segg.; NEUMANN, *Executionsordnung*, pag. 191 e segg.; FISCHER und SCHÄFER, *Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen*, Berlin, 1902, pag. 484 e segg. Si ha qui soddisfacimento del creditore mediante realizzazione dei *frutti* della cosa (v. FISCHER und SCHÄFER, *Zwangsvollstreckung*, pagina 484); in sostanza, perciò, realizzazione *parziale* del valore della cosa oggetto del pegno, dovendosi anche i frutti, come accessori della cosa, ritener compresi nel diritto di pegno (WINDSCHEID, *Pand.*, § 226*a*, note 9 e 10; e specialmente DERNBURG, *Pfandrecht*, II, pag. 438-452). Nel diritto tedesco è conosciuto anche un mezzo esecutivo, che di per sè non conduce alla realizzazione nè totale, nè parziale del valore della cosa: cioè la così detta *ipoteca forzata* o *ipoteca assicurativa* (*Sicherungshypothek*): v. C. P. O. germ., §§ 866, 867. Come osservano giustamente GAUPP e STEIN, *Civilprozessordnung*, II, pag. 702, l'ipoteca assicurativa non è realmente un mezzo per ottenere il soddisfacimento del creditore, ma solo per assicurare il soddisfacimento, che avverrà mediante la vendita forzata o l'amministrazione forzata: essa è, in sostanza, una derivazione storica dell'ipoteca giudiziale del diritto francese.

23. Da quanto si è detto è facile desumere che il processo di espropriazione, come in genere tutto il processo esecutivo, è vero esercizio di giurisdizione. L'opinione, che l'esecuzione forzata sia attività amministrativa, non giudiziaria (1), deve respingersi, perchè non tien conto di quello che è lo scopo essenziale del processo esecutivo, per soffermarsi, invece, su atteggiamenti del processo, i quali sono affatto secondari e in ogni modo non contraddicono che apparentemente alla natura giurisdizionale della esecuzione. Se la giurisdizione è la realizzazione dei diritti privati assunta dallo Stato in luogo e vece del titolare, quando essi siano rimasti insoddisfatti per incertezza e inosservanza della norma giuridica da cui derivano (2), non è dubbio che sia giurisdizione anche l'esecuzione forzata, in cui lo Stato si assume il cómpito di realizzare, invece del titolare, il diritto accertato, ma non soddisfatto. Nè a questa conclusione ci si può sottrarre per l'argomento, da taluno addotto, che nello stadio esecutivo non solo si realizzano diritti esistenti, ma si creano diritti nuovi, risultato questo incompatibile con la natura della funzione giurisdizionale. Nel processo di esecuzione, come del resto in taluni casi nel processo di accertamento, si ha apparentemente una formazione di nuovi rapporti giuridici, ma in realtà, anche qui, si tratta di realizzazione di diritti preesi-

---

(1) Opinione sostenuta principalmente dal Planck, *Lehrbuch*, II, pag. 607-611 (" Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist seinem allgemeinen Charakter nach ein Administrativverfahren, kein Iudizialverfahren „); dell'Oetker, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 1891, pag. 31 (" Die Zwangsvollstreckung ist Verwaltungsverfahren „); da Wilmowski und Léwy, *Die Civilprozessordnung*, 7ª ed., Berlin, 1895, II, pag. 923 (" affare di giurisdizione volontaria „). Per la distinzione tra processo di dichiarazione ed esecuzione forzata, senza pronunciarsi sulla particolare natura di quest'ultima: Plósz, *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880, pag. 135 e segg.; Kohler, *Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888, pag. 113; De Palo, *Titolo esecutivo*, pagine 53 e segg.

(2) Per la esposizione e la critica dei varî concetti di giurisdizione, rinvio al mio volume su la *Sentenza civile*, Torino, 1906, cap. I, § 1. Vedi inoltre: Chiovenda, *Principî*², pag. 244 e segg. Il concetto esposto nel testo differisce da quello del Chiovenda, in quanto noi definiamo la giurisdizione *realizzazione*, per opera dello Stato *degli interessi tutelati* (*diritti subiettivi*) e non *attuazione della legge*, e in quanto riteniamo che nel far ciò lo Stato si sostituisca all'*avente diritto* (a cui, con il divieto della difesa privata, è tolta la possibilità di realizzare da sè il proprio diritto) e non già *all'obbligato*.

stenti. Il fenomeno dell'apparente costituzione di rapporti nuovi nello stadio esecutivo, dipende da ciò che ogni realizzazione del diritto a favore del titolare importa, di necessità, il sacrificio di uno o più diritti dell'obbligato. Ma questo sacrificio esisteva già, in potenza, sin dal momento della costituzione del rapporto: ad ogni diritto corrisponde, sin dal principio, un obbligo, una *necessità di volere* imposta dall'ordinamento giuridico, dalla quale necessità deriva una limitazione della sfera giuridica, ossia del complesso dei diritti spettanti al subietto passivo, e, in prima linea, del suo diritto di libertà. Con la esecuzione questa limitazione diventa effettiva: l'esecuzione non è *creazione*, ma *realizzazione* del sacrifizio imposto ai diritti dell'obbligato dall'esistenza del rapporto giuridico. Così avviene appunto nel processo di espropriazione. Se il debitore perde la proprietà delle sue cose e il terzo deliberatario l'acquista, ciò non è per virtù del processo, ma per effetto del diritto di pegno sorto con l'obbligazione. Anche il processo di espropriazione è dunque realizzazione del diritto e perciò giurisdizione (1).

Nel processo esecutivo in genere, e in ispecie, nella esecuzione per via di espropriazione, la funzione giurisdizionale non si esplica solo mediante *coercizione*, ma anche mediante *decisione* (2). Come

---

(1) Per la natura giurisdizionale del processo esecutivo: WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1885, I, pag. 32-34; " Die C. P. O. giebt dem Vollstreckungsverfahren in mehrfacher Beziehung eine eigenthümliche Gestalt. Es ist Theil des Prozesses, aber relativ selbständig „; BÜLOW, *Die Prozessrechtswissenschaft*, nella " Zeitschr. für deutschen Civilprozess „, XXVI (1900), pag. 259 e segg.; LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, Leipzig, 1899, pag. 20 e 45; STEIN, *Ueber die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage*, Halle, 1903, pag. 7-8; HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1903-1909, I, pag. 54-55; *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905, pag. 11, 16 e segg.; POLLAK, *System*, I, pag. 4, 16 e segg.; WEISMANN, *Lehrb.*, I, pag. 2, 3 e segg.; SCHMIDT, *Lehrb.*[2], pag. 2, 8, 10, 14, 372 e segg.; 874 e segg.; GMELIN, *Die Vollstreckbarkeit*, 1898, pagina 3; GAUPP-STEIN, *Civilprozessordnung*, 8-9, II, pag. 350; FALKMANN, *Die Zwangsvollstreckung*, 2ª ed., Berlin, 1908, pag. 3-4. Fra gli italiani: MENESTRINA, *Accessione*, pag. 191-192; CHIOVENDA, *Principî*[2], pag. 193 e segg.; 249 e segg.; 253 e segg.

(2) Sul contenuto del potere giurisdizionale, v. CHIOVENDA, *Principî*[2], pagina 315 e segg., che raggruppa le facoltà inerenti al potere giurisdizionale in tre categorie (*decisione — coercizione — documentazione*): e WACH, *Handb.*,

l'accertamento rappresenta il momento essenziale, ma non esclusivo, del processo di dichiarazione (1), così la coercizione rappresenta il momento essenziale, ma non esclusivo, del processo esecutivo. E nel processo di espropriazione, più che negli altri campi della esecuzione forzata, ricorre frequente la necessità dell'accertamento. L'accertamento, in base al quale si procede alla espropriazione, pone fuori di questione l'esistenza del credito e del diritto di pegno generale al momento in cui l'accertamento ha luogo; ma le vicende posteriori del credito possono ben rendere necessario un accertamento suppletivo in sede di esecuzione (2). Inoltre, accertata l'esistenza del credito, è accertata bensì l'esistenza di un diritto generale di pegno sul patrimonio, considerato come *universitas*, ma rimane ancor da determinare su quali beni singoli cada in concreto il diritto di pegno al momento della sua realizzazione; e su quali esso possa esercitarsi; perchè, come è noto, vi sono beni, i quali, pur facendo parte del patrimonio, sono sottratti al diritto di pegno dei creditori (3). Il determinare fin dove giunga, *in concreto*, il diritto di pegno, dà luogo a una serie di accertamenti da

---

pag. 313-317, che le raggruppa in quattro categorie (potere di *decretazione*, di *coazione*, *disciplinare*, e di *documentazione*); v. anche WETZELL, *System*, pagine 515, 601 e segg.

(1) Cfr. CHIOVENDA, *Principi*[3], pag. 319-321.

(2) Cfr. su ciò: CALDA, *L'impugnativa del credito nella esecuzione forzata della sentenza*, Bologna, 1907, pag. 1 segg.; 35 e segg. Il tema, trascurato dalla dottrina italiana e francese (salvo il volume recente del CALDA) ha invece in Germania una ricca letteratura, v. HOMMEL, *Ueber materielle Einwandungen gegen die Vollstreckung von Urtheilen*, 1892; KOHLER, *Ungehorsam und Vollstreckung*, pag. 1 e seg.; KAPPES, *Die Widerspruchsklage nach. § 686*, 1895; OETKER, *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, I, pag. 213, 58; LANGHEINEKEN, *Urtheilsanspruch*, pag. 179 e segg.; HELLWIG, *Anspruch und Klagrecht*, Jena, 1900, pag. 496 e segg.; FISCHER und SCHÄFER, *Zwangsvollstreckung*, pag. 74 e segg.; NEUMANN, *Executionsordnung*, pag. 400 e segg.; PLANCK, *Lehrbuch*, II, pagine 692 e segg.; WEISMANN, *Lehrbuch*, II, pag. 24 e segg.; SCHMIDT, *Lehrb.*, pag. 1012 e segg.; POLLAK, *System*, II, pag. 874 e segg.; GAUPP-STEIN, *Civilprozessordnung*, II, pag. 481 e segg.; FALKMANN, *Die Zwangsvollstreckung*, pagine 382 e segg.

(3) Ciò accade in due casi: anzitutto nel caso della c. d. *responsabilità limitata*, in cui il vincolo reale inerente all'obbligazione colpisce non tutto il patrimonio, ma una parte di esso (v. sopra n. 12), e poi nel caso del c. d. *beneficium competentiae* (Cod. proc. civ. articoli 585, 586, 591, 592).

farsi, sia nei riguardi del debitore, sia nei riguardi dei terzi che contestino, nel proprio interesse, l'appartenenza di un bene determinato alla *universitas* (2). Finalmente, poichè, iniziata l'esecuzione, possono altri creditori far valere il loro diritto di pegno generale, o anche uno speciale diritto di pegno loro spettante, deve di necessità farsi ancora luogo ad un accertamento incidentale, per poter procedere alla distribuzione del prezzo delle cose, su cui è avviata l'esecuzione (2). Anche nel processo esecutivo dunque trova largo campo di applicazione l'accertamento del diritto; e questo punto di vista non è senza influenza sulla concezione del processo esecutivo ed in ispecie del processo di espropriazione, come forma di esercizio della funzione giurisdizionale.

24. I due momenti essenziali del processo di espropriazione, considerato come realizzazione per opera dello Stato, del diritto di

---

(1) Cod. proc. civ., articoli 647, 648, 699, 700; Reg. proc. germ., § 771; Reg. esec. austr., § 37. Anche sull'azione in opposizione del terzo titolare di un diritto reale sulle cose soggette all'espropria (*Widerspruchsklage*) è scarsa la letteratura italiana e francese, ricchissima la tedesca. Fra gli italiani v. i cenni del MENESTRINA, *L'accessione*, pag. 5-10 e ora l'eccellente scritto dello ZANZUCCHI (M. T.), *L'azione in opposizione del terzo nel processo esecutivo*, Milano, 1910. Fra i tedeschi, oltre i trattati generali, v. OLSHAUSEN, *Einsprüche dritter Personen in der Executionsinstanz*, Berlin, 1874; FRESE, *Executionsintervention*, Leipzig, 1880; KAHN, nell' "Archiv für die civ. Praxis ", LXX (1883), pag. 409 e segg.; SCHRUTKA RECHTENSTAMM, *Zur Analyse der Exscindierungsklage*, nella " Zeitschr. " di Grünhut, XIII (1886), pag. 298 e segg.; *Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremdem Sachen in Zwangsvollstreckungsverfahren*, Berlin, 1888-1893; FROMMHOLD, *Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung*, Breslau, 1891; THIELE, *Die Widerspruchsklage*, nell' " Archiv für die civ. Praxis ", LXXXIV (1895), pag. 50 e segg.; GÜTERMANN, *Die rechtlichen Grundlagen der Widerspruchsklage*, München, 1896; WOLFF, *Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörigen Sache*, Berlin, 1905; PRETSCH, *Die Begrundung der Interventionsklage*, nell' " Archiv. für die civ. Precis ", 1906, pag. 445 e segg.; SOHM, *Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchs Klage*, Leipzig, 1908; HELLWIG, *Anspruch u. Klagrecht*, pag. 511 e segg.; LANGHEINEKEN, *Urtheilsanspruch*, pag. 152 e segg.; FISCHER und SCHÄFER, *Zwangsvollstreckung*, pag. 77 e segg.; BUNSEN, *Zwangsvollstreckung*, pag. 59 e segg.; NEUMANN, *Executionsordnung*, pag. 407 e segg.; NESSEL, *Das Pfändungspfandrecht und der Interventionsprozess*, Berlin, 1897; FALKMANN, *Zwangsvollstreckung*, pag. 406 e segg.

(2) V. più oltre § 4.

pegno generale spettante al creditore, sono la *vendita*, e l'*attribuzione del prezzo*. Ai quali momenti ne occorre aggiungere un terzo, assai importante, per quanto abbia lo scopo limitato di servire di preparazione agli altri due e specialmente alla vendita. Questo terzo momento è il *pignoramento*. Di esso, che preparando la vendita, necessariamente la precede, si deve parlare innanzi tutto.

Il *pignoramento*, in ampio senso e perciò comprendente il pignoramento pei mobili, e il precetto trascritto per gli immobili (1), *è l'atto mediante il quale i beni, su cui il diritto di pegno si vuol realizzare, sono individuati e sottoposti a sequestro in attesa della vendita.*

Il pignoramento ha una duplice funzione e un duplice contenuto. Esso serve, in primo luogo, a individuare i beni che formano oggetto del diritto di pegno, e il cui valore si intende realizzare. Questa determinazione è necessaria, in quanto il pegno generale che colpisce tutto il patrimonio dell'obbligato, al momento del suo esercizio, si deve concretare come diritto di pegno su cose determinate individualmente: la realizzazione del pegno non sarebbe praticamente possibile se i beni, che ne formano oggetto, rimanessero determinati solo genericamente per il fatto della loro appartenenza alla *universitas*; occorre una determinazione specifica che li individui singolarmente, agli effetti della vendita e dell'attribuzione del prezzo. La esatta indicazione dei beni è invero richiesta così nel pignoramento dei mobili come nel precetto immobiliare (2). Ma il pignoramento non contiene solo la determinazione dei beni: esso ne importa altresì il *sequestro*, in attesa della realizzazione mediante la vendita. La ragione di questa misura provvisoria e cauzionale sta qui, come in tutte le esplicazioni del sequestro, nello stato di pendenza o incertezza circa la sua definitiva condizione giuridica, in cui viene a trovarsi la cosa, del cui valore si inizia la realizzazione. Tale è infatti l'essenza del sequestro, considerato come figura generale, comprendente in sè il sequestro volontario e giudiziale, il conservativo e il giudiziario *stricto sensu*. Il sequestro presuppone sempre che vi sia incertezza circa l'appartenenza pre-

(1) V. sopra § 2 nota.

(2) V. pei mobili, Cod. proc. civ., art. 597, n. 7, 607, 611; per gli immobili Cod. proc. civ., art. 2084; Cod. proc. civ., art. 659.

sente, o indeterminatezza circa l'appartenenza futura di un diritto, e pericolo di dispersione o deterioramento dell'oggetto del diritto durante il tempo necessario per l'accertamento o la determinazione. Il pericolo di dispersione o deterioramento crea l'interesse a ottenere il riconoscimento di questo stato di incertezza o di pendenza: una volta poi riconosciuto che l'appartenenza del diritto è incerta o soltanto provvisoria, come logica conseguenza ne deriva il divieto di compiere atti di disposizione sulla cosa che ne forma l'oggetto (1). Ora, iniziata la realizzazione del diritto di pegno del creditore, si verificano appunto ambedue questi casi. La realizzazione del prezzo, cioè del valore della cosa, importa pel debitore la perdita della proprietà: quindi iniziata, col pignoramento, la realizzazione, il vincolo di appartenenza che lega la cosa al debitore diventa provvisoria. Il debitore non perde ancora la proprietà, ma è stabilito che la perderà in avvenire con la vendita, o, eccezionalmente, con l'aggiudicazione. Sorge quindi, immediatamente, appena iniziata la realizzazione del pegno, indeterminatezza circa l'appartenenza futura del diritto, che deve dar luogo al sequestro, e perciò alla limitazione del diritto di disposizione del proprietario, nell'interesse di coloro, a cui vantaggio è stabilita la perdita futura del diritto. Nè sotto questo punto di vista soltanto si giustifica il sequestro che colpisce la cosa soggetta alla procedura di espropriazione: poichè sulla cosa possono eventualmente concorrere i diritti di pegno di più creditori, che non sono conosciuti al momento in cui la procedura si inizia, sorge altresì una incertezza circa la misura del diritto di ciascuno, in pendenza della quale occorre impedire che un singolo creditore realizzi a proprio esclusivo profitto il valore della cosa.

Col pignoramento adunque, anzitutto, si intraprende la realizzazione del diritto di pegno: il sequestro, che con esso si opera, è conseguenza della realizzazione iniziata (2).

---

(1) Sul sequestro v. in seguito, n[i] 27 e 28.

(2) Si riproduce anche qui un certo parallelismo tra il pegno generale di cui l'esecuzione forzata è realizzazione, e il pegno speciale. Il pignoramento adempie una funzione analoga (nel *fine*, se non nei *mezzi giuridici* adoperati) a quella che adempie, nel pegno speciale, il *richiamo del possesso* e la *denuncia*. La *denuncia*, cioè la notificazione al debitore della vendita imminente (Codice civ., art. 1884; Cod. comm., art. 458, 363), necessaria nel pegno speciale

Il pignoramento è eseguito dall'organo giurisdizionale esecutivo (*usciere*); esso presuppone una *richiesta* del creditore, nella quale sia indicato il titolo, che forma il fondamento giuridico della richiesta (titolo esecutivo). In esecuzione della richiesta l'organo giurisdizionale inizia la realizzazione dando notizia al debitore delle cose, individualmente determinate, il cui valore si intende realizzare: e se si tratta di cose che si trovano presso terzi o di crediti, dandone notizia anche al terzo detentore o debitore (1). Questa notificazione esaurisce il còmpito dell'usciere, quando il pignoramento ha per oggetto cose immobili o diritti di credito: non è necessario qui, di regola, alcun atto di materiale esecuzione, perchè il sequestro, conseguente al pignoramento, produca i suoi effetti: per gli immobili occorrerà soltanto, nei riguardi dei terzi, la *trascrizione* dell'atto, mediante il quale si fa luogo al pignoramento (precetto) (2). Ma quando invece il pignoramento ha per oggetto beni mobili corporali o titoli al portatore, perchè il sequestro produca i suoi effetti, sarà necessario toglierne al debitore il possesso: altrimenti l'effetto massimo del sequestro, ossia la indisponibilità della cosa sequestrata, potrebbe facilmente essere eluso mediante la trasmissione della cosa fatta ad un terzo di buona fede (art. 707

(cfr. Troplong, *De la contrainte par corps, du gage, du nantissement et de l'anthicrèse*, Bruxelles, 1849, n. 413; Vivante, *Trattato*, IV, n. 1795; Goldschmidt, *Handb. des Handelsrechts*, pag. 715 e segg.; Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 135 e segg.) è contenuta appunto nel pignoramento (non nel *precetto* mobiliare, in cui non è contenuta affatto la menzione delle cose di cui si procederà alla vendita, necessaria nella denuncia). Al *richiamo del possesso* (nel pegno speciale dei mobili) poi corrisponde il sequestro, che consegue a favore del creditore effetti pratici analoghi, a quelli che produrrebbe il passaggio del possesso. Si noti inoltre che mentre nel pegno speciale di cosa mobile non occorre, per la realizzazione del valore, adoperare la ordinaria procedura di espropriazione, nel pegno speciale di cosa immobile (ipoteca) non v'è altra via per realizzare il valore che la ordinaria procedura di spropriazione: ciò appunto perchè, non potendosi per gli immobili mediante il possesso, ottenere ciò che si ottiene mediante il possesso dei mobili, occorre ricorrere al pignoramento (precetto trascritto) che ne costituisce l'equivalente.

(1) Cod. proc. civ., articoli 593, 597, 608, 611, 659, 706; Cod. civ., articolo 2084.

(2) Cod. proc. civ., art. 659; Cod. civ., art. 2085. Eccezionalmente può essere necessario togliere al debitore il possesso anche degli immobili: in questo caso si nomina sequestratario un terzo: Cod. civ., art. 2085.

Cod. civ.). Il possesso dei beni mobili viene perciò tolto al debitore e trasferito a un sequestratario o custode (1).

In questa concezione del pignoramento come atto di realizzazione del diritto di pegno sono superate tutte le difficoltà per una armonica sistemazione dell'istituto, a torto trascurata dalla dottrina processualistica. Trova, in questa costruzione, una spiegazione sodisfacente l'indisponibilità delle cose pignorate, sancita dagli articoli 2085 Codice civ.; 599, 611, 612 Codice proc. civ.; 203 Codice penale. Alla quale può assegnarsi un duplice fondamento: la determinazione concreta delle cose oggetto del pegno generale, effettuata col pignoramento, che paralizza il diritto del debitore di disporre dei beni appartenenti al suo patrimonio (2); e il sequestro delle cose pignorate, conseguente al pignoramento. Anche la condizione giuridica del debitore, rispetto ai beni pignorati, quella dell'ufficiale giudiziario (*usciere*) e quella del custode, vengono determinate in modo assai chiaro: *a*) Il *debitore* non perde la proprietà dei suoi beni, ma indubbiamente il rapporto di appartenenza che lo lega alla cosa pignorata si attenua, in quanto che la perdita della proprietà, se non è effettuata attualmente, è, col pignoramento, *decisa per l'avvenire*: la proprietà pura e semplice si trasforma in una *proprietà risolubile* (3). *b*) L'*usciere pignorante* non deve ritenersi legato al creditore da un rapporto di diritto privato: nè locazione d'opera, nè mandato; egli adempie, anche qui, ad un pubblico ufficio, e la sua responsabilità civile verso il creditore,

---

(1) *Sequestro* e *privazione del possesso* non sono termini necessariamente correlativi. La perdita del possesso accompagna di regola il pignoramento dei mobili: Cod. proc. civ., articoli 599, 600; ma eccezionalmente può non accompagnarlo, il che avviene quando sia nominato custode lo stesso debitore (articolo 601, n. 2). La perdita del possesso non è poi, di regola, connessa al pignoramento degli immobili (V. nota precedente). Ma, su ciò v. più ampiamente in sèguito (n. 27).

(2) V. sopra n. 16.

(3) È giusta pertanto l'osservazione del Bonelli, *Personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, nella " Riv. it. per le scienze giur. ", VII (1889), pag. 13: " ... intanto si ha una situazione *incerta*, che si determinerà soltanto con lo svolgersi dei fatti, una patrimonialità *in pendenti* (*schwebende*) ". Solo, da questa pendenza non si può concludere, come vorrebbe il B., che la proprietà dei beni è stata perduta dal debitore: pendenza e permanenza della proprietà non sono termini tra loro contradditori.

verso il debitore e verso i terzi, deve commisurarsi a questa stregua (1). *c*) Infine il *custode* è un vero e proprio *sequestratario giudiziale*, e, come tale, assume la posizione di un depositario, quanto all'obbligo di conservare e restituire la cosa: ha infatti, come sequestratario, diritto a conseguire una mercede dal sequestrante (2).

25. La *vendita* che segue il pignoramento, va considerata come effetto dell'esercizio del diritto di pegno spettante al creditore. Fra le facoltà contenute nel diritto di pegno occupa un posto importantissimo quella di vendere la cosa per realizzarne il valore pecuniario: il creditore che promuove la vendita nel giudizio di espropriazione esercita appunto in via giudiziale questa sua facoltà. Considerando la vendita giudiziale della cosa soggetta all'espropria come una sottospecie della vendita del pegno, sono eliminate non poche difficoltà per la costruzione di un istituto, che nel suo con-

---

(1) Da ciò che l'ufficiale giudiziario (*usciere*) concorre a realizzare un diritto del creditore, non consegue che egli agisca in rappresentanza del creditore (nel senso del diritto privato). Alla stessa stregua si dovrebbe chiamare rappresentante del creditore il giudice dell'esecuzione, anzi, lo Stato stesso, di cui giudice ed usciere sono organi. Cfr. HELLWIG, *Lehrb.*, II, pag. 107, 109, 110. Nel senso del testo v. BUNSEN, *Zwangsvollstreckung*, pag. 123-131; PLANCK, *Lehrbuch*, I, pag. 136; KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 10 e *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, 2ª ed., Stuttgart, 1903, pag. 155 testo e nota 2; RIEDINGER, *Der Besitz an gepfändeten Sachen*, 1903, pag. 3-41; POLLAK, *System*, II, pag. 712; SCHMIDT, *Lehrb.*[2], pag. 915-917; WEISMANN, *Lhrb.*, II, pag. 80-81; HELLWIG, *Lehrb.*, II, pag. 106-117; CHIOVENDA, *Principi*[2], pag. 366-367. Contro, cioè per un rapporto di diritto privato (mandato), anzitutto, la giurisprudenza del *Reichsgericht* germ. Entsch. 5 giugno 1883 (cit. da BUNSEN, *Zwangsvoll.*, pag. 123-124), 10 giugno 1886 (cit. da FALKMANN, *Zwangsvollstreckung*[2], pagina 285): e nella dottrina: SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg u. Tübingen, 1883, pag. 69-71; WACH, *Handbuch*, pagine 322-323, testo, e nota 28; *Vorträge über die Reichscivilprozessordnung*, 2ª ed., Bonn, 1896, pag. 330; WELCK, *Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers*, nei "Beiträge" di Gruchot, XXXVI (1892), pag. 497 e segg.; FALKMANN, *Zwangsvollstreckung*, pag. 284 e segg.; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 42 in nota: per un rapporto di locazione d'opera: ROTTMANN, *Die rechtliche Stellung d. Gerichtsvollziehers*, 1900, pag. 27 e segg.

(2) Cfr. Cod. proc. civ., art. 599-604; 612; Cod. civ., art. 2085. Sulla figura giuridica del *sequestratario* v. più oltre n. 27 e segg. e specialmente la *parte seconda*, cap. I.

cetto e nelle sue applicazioni è tutto pieno di gravi dubbiezze. Ne guadagna in chiarezza sopratutto la posizione dell'organo giurisdizionale nel procedimento per la vendita e nella vendita. Le dottrine messe innanzi per spiegare la condizione giuridica del magistrato che procede alla vendita sono, invero, tutt'altro che soddisfacenti. Non soddisfa certo la spiegazione privatistica, per cui l'organo giurisdizionale agirebbe in rappresentanza del creditore procedente; essa lascia nell'ombra la funzione pubblica che anche qui il magistrato esercita come organo dello Stato, e non dice in virtù di qual diritto il creditore può, alla sua volta, procedere alla vendita (1). Meno ancora soddisfa la spiegazione, un po' privatistica, un po' pubblicistica, per cui l'organo giurisdizionale surrogherebbe, con la sua volontà, la volontà del debitore consentendo la vendita invece di lui (2); questa dottrina, mentre non spiega come possa un organo pubblico creare una volontà privata inesistente, ammette invece l'esistenza di un rapporto contrattuale fra l'organo giurisdizionale e l'aggiudicatario, che è del tutto all'infuori della realtà (3). Ma neanche fornisce una spiegazione tranquillante la dottrina, che rinunciando al concetto di una vendita, ritiene il trasferimento di proprietà nell'aggiudicatario operarsi per solo effetto della volontà dell'organo esecutivo, in virtù dei poteri derivantigli dalla funzione giurisdizionale, di cui è investito (4). Questa teorica, da un canto contraddice all'essenza della funzione giurisdizionale, il cui compito consiste nel *realizzare*, non nel *creare* rapporti giuridici pri-

---

(1) La dottrina che costruisce la vendita giudiziale come una *vendita* effettuata dal giudice in rappresentanza del *creditore*, è professata principalmente dallo Schulze, *Privatrecht u. Prozess*, pag. 70 e segg.; da Gaupp-Stein, *Civilprozessordnung*, II, pag. 588; v. anche Windscheid, *Pand.*, § 237, nota 22*a*.

(2) Così la dottrina processualistica del diritto comune: v. le citazioni di Postio, Mangillo e Asinio fatte dal Galli, *La giurisdizione esecutiva*, pag. 74, 189; Mirabelli, *Diritto dei terzi*, I, pag. 314 e segg.; Planck, *Lehrbuch*, II, pag. 742; Wolff, *Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung*, 2ª ed., 1901, § 30.

(3) Mortara, *Commentario*, IV, parte 2ª, pag. 398.

(4) Mortara, *Commentario*, IV, 2, pag. 398; Menestrina, *Accessione*, pag. 195; Galli, *Giurisdizione esecutiva*, pag. 173-178; e fra i tedeschi: Dernburg, *Pfandrecht*, II, pag. 252-259; Langheineken, *Urtheilsanspruch*, pag. 43; Fischer und Schäfer, *Zwangsvollstreckung*, pag. 29 e segg.; Weismann, *Lehrbuch*, II, pag. 186, 195-196; Pollak, *System*, II, pag. 786.

vati (1), dall'altro disconosce tutta la struttura e la disciplina della vendita nel diritto positivo che la considera e la tratta in tutto e per tutto come un rapporto contrattuale di diritto privato, e non come una attribuzione unilaterale e autoritativa di diritti privati per opera dell'organo giudiziario (2).

In realtà, noi crediamo, la vendita della cosa soggetta alla espropria, non differisce sostanzialmente dalla vendita della cosa gravata da pegno. Chi vende è, in ambedue i casi, il *creditore*. Questi procede alla vendita non già in rappresentanza del debitore, in virtù di un mandato tacito o presunto da lui conferitogli (3), ma per diritto proprio. Il pegno, come diritto reale sulla cosa altrui, contiene in sè la facoltà di realizzare il valore mediante la vendita. Come colui che ha una servitù di passaggio sul fondo altrui può andarvi e tornarvi non per volontà del proprietario, ma in forza del suo diritto reale, così il titolare di un diritto di pegno vende la cosa per diritto proprio e nel proprio interesse (4). Il diritto reale implicando la facoltà di alienare la cosa altrui, si ha qui appunto un caso di trasferimento della pro-

---

(1) V. sopra n. 23.

(2) Occorre infatti, per la vendita, tanto la dichiarazione di volontà del creditore procedente (Cod. proc. civ., art. 604. 606), quanto quella del terzo acquirente (Cod. proc. civ., art. 634, 641, 672, 674, 680, 682): ambedue convergono sullo stesso oggetto, che sono le condizioni d'asta proposte dal creditore e determinate dal giudice. *Vendita* è chiamato il rapporto ripetutamente dalla legge (Cod. civ., art. 2089; Cod. proc. civ., art. 604, 605, 623 e segg.; 662, 665 e segg.; 689 e segg.). Ed implicitamente la legge dichiara applicabile alle vendite giudiziali le norme stabilite per la vendita ordinaria (Cod. civ., art. 1506). Le vendite giudiziali non forzate (specialmente la vendita dei beni dei minori: Cod. proc. civ., art. 816 e segg.; ma anche la vendita delle cose date in pegno: Cod. civ., art. 1884, Cod. comm., art. 458. 363) che seguono previa autorizzazione del giudice e con procedimento perfettamente analogo a quello della vendita nel giudizio di espropriazione, sono indubbiamente da ritenersi come *vendite*, da regolarsi con le norme delle vendite ordinarie.

(3) In questo senso la dottrina più antica: GESTERDING, *Die Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des römischen Rechts*, 2ª ed., Greiswald, 1831, § 76; SINTENIS, *Handbuch des gemeinen Pfandrechts*, Halle, 1836, pag. 513; KELLER, *Pand.*, § 200, abbandonata dopo la critica vigorosa del DERNBURG. *Pfandrecht*, II, pag. 110 e segg. V. anche CHIRONI, *Privilegi e ipoteche*, I, pagina 592.

(4) Così DERNBURG, *Pfandrecht*, II, pag. 112.

prietà per opera del non proprietario (1). Egualmente, nella esecuzione per via di espropriazione, il creditore titolare di un diritto generale di pegno sul patrimonio dell'obbligato, vende la cosa in virtù del suo diritto di pegno: la vendita è anzi il momento culminante della realizzazione del diritto del creditore sul patrimonio. Ciò posto, è subito delineata la condizione giuridica del creditore, dell'organo giurisdizionale, del terzo acquirente e del debitore.

Il creditore esercita un suo diritto privato *per via di azione*. Già nel pegno speciale di cosa mobile (Cod. civ., art. 1884), e nell'ipoteca (Cod. civ., art. 2014, 2076), il creditore non è ammesso, di sua autorità, a procedere alla vendita; ma occorre, nel primo caso, che ottenga una pronuncia del giudice, nel secondo che proceda senz'altro giudizialmente mediante l'esecuzione reale in via di espropriazione. A più forte ragione è richiesto l'intervento del giudice nel pegno generale. Concorrono qui vari motivi per sottrarre l'esercizio del diritto di vendita all'arbitrio del creditore. In primo luogo la circostanza che, accertato il credito, non è ancora accertato il diritto di pegno sulla cosa individualmente determinata, che si vuole alienare, e questo accertamento va fatto dal giudice. In secondo luogo la possibilità che sulla cosa concorrano diritti reali di terzi che, anche all'infuori di formali contestazioni, vanno salvaguardati. Infine, il fatto che oltre il creditore procedente, altre persone sono interessate nella cosa, in quanto hanno diritto di partecipare alla distribuzione del prezzo; anzitutto gli altri creditori, e poi anche il debitore, a cui spetta il residuo del prezzo, dopo soddisfatti i crediti. Vi è dunque largo campo all'intervento del giudice, il quale dovrà, in primo luogo accertare l'esistenza, nel creditore procedente, della facoltà di vendere la cosa; in secondo luogo, stabilire a tutela degli interessi degli altri aventi diritto al pegno, le condizioni della vendita, e eventualmente approvarla dopo avvenuta. Il giudice non è dunque rappresentante del creditore: ma, come organo dello Stato, concorre alla realizzazione del diritto di vendita del creditore. La funzione del giudice nel procedimento per la vendita è, a un tempo, di giurisdizione vera e propria e di giurisdizione volontaria: alla prima

(1) Dernburg, *Pfandrecht*, II, pag. 111-112; Windscheid, *Pand.*, § 237, testo, e nota 16; Bremer, *Pfandrecht und Pfandobjekte*, pag. 67.

appartiene l'accertamento del diritto di alienare, contenuto nella sentenza che autorizza la vendita (1); alla seconda appartengono i provvedimenti diretti a stabilire il prezzo in base al quale deve esser bandita l'asta, e le altre condizioni dell'asta medesima: questi ultimi sono anzi compresi nella sentenza di autorizzazione, che assume così un duplice contenuto e un duplice carattere (2).

La vendita forzata è veramente una *vendita*, che presenta soltanto alcune particolarità, non tali però da mutarne la fisonomia caratteristica, e sopratutto, non tali da toglierle la natura contrattuale. La prima sta in ciò: che la vendita è fatta non dal proprietario, ma da chi trae da un diritto reale sulla cosa la facoltà di alienarla, al pari del proprietario (3). La seconda parti-

---

(1) " Provvedimento „ è chiamata di solito dalla legge la decisione che autorizza o ordina la vendita dei mobili (Cod. proc. civ., art. 604, 619, 623); ma non mancano disposizioni da cui si desume che si tratta proprio di una sentenza (Cod. proc. civ., art. 655). La decisione che autorizza o ordina la vendita degli immobili, è poi sempre chiamata sentenza (Cod. proc. civ., art. 662, 665, 666, 667, 689); infatti la decisione ha, in sostanza, la stessa natura, ed in quanto autorizza la vendita, è certamente una " sentenza „, giacchè essa accerta il diritto del creditore di vendere la cosa. Cfr. Rocco, *Sentenza civile*, pag. 72; Mancini, Pisanelli e Scialoja, *Commentario*, V, 1, § 954; Mattirolo, *Trattato*[5], VI, n. 471; Mortara, *Commentario*, II, n. 451, IV, 2, n. 237; Galli, *Giurid. esec.*, pag. 147-148 in nota; Cass. Roma, 21 aprile 1899, *Giur. it.*, 1899, 1, 614. Contr.: Cass. Napoli, 14 novembre 1898, *Giur. it.*, 1899, I, 1, 20; e 11 luglio 1899, *Giur. it.*, 1899, I, 1, 752. Perchè vi sia sentenza non occorre una *formale contestazione*, ma basta che il rapporto da accertare sia comunque incerto: v. Rocco, *Sentenza*, pag. 66 e *passim*. Anche la decisione che autorizza la vendita nel pegno speciale di cosa mobile è una sentenza: v. Kisch, *Beiträge zur Urtheilslehre*, Leipzig, 1903, pag. 128-129.

(2) Il provvedimento che autorizza la vendita contiene perciò una *sentenza*, in quanto accerta il diritto di vendere del creditore; e un *decreto* in quanto stabilisce le condizioni della vendita. La così detta " sentenza di aggiudicazione „ è invece, a nostro avviso, solo un decreto, perchè non contiene alcun accertamento di un rapporto incerto, ma solo omologazione o approvazione di un negozio giuridico: così Mattirolo, *Trattato*[5], VI, n. 304. Contr.: Mortara, *Commentario*, IV, 2, pag. 398; Galli, *Giur. esec.*, pag. 148 in nota.

(3) Da questo punto di vista deve risolversi la controversia circa la garantia, in caso di evizione. La questione, è noto, si riproduce a proposito della vendita nel pegno speciale, e va risolta cogli stessi criterî; anche qui si fa manifesto il perfetto parallelismo fra pegno speciale e pegno generale. Nella vendita, come in genere in tutti i contratti aventi per oggetto il trasferimento di un diritto a titolo oneroso, la garantia è insita nel fatto stesso del trasferimento, il quale pre-

colarità sta in ciò, che la vendita deve essere autorizzata (in taluni casi, anche approvata) dal magistrato ed eseguita col mezzo dei pubblici incanti, sotto la direzione di un pubblico ufficiale (1). Ma come l'una particolarità non vale a snaturare il rapporto, che è, e rimane una vendita, così neppure la seconda. Il giudice non è per nulla un fattore attivo nella formazione del rapporto: non lo è in quanto riconosce il diritto del creditore di alienare (pura funzione giurisdizionale); non lo è in quanto prescrive le condizioni della vendita e l'omologa dopo avvenuta (funzione di semplice volontaria giurisdizione): anche nella giurisdizione volontaria, è noto, l'effetto giuridico del negozio autorizzato o approvato si ricollega alla volontà privata, e il negozio giuridico rimane un negozio giuridico privato (2). Quanto alla conclusione del contratto per asta pubblica, col ministerio di un pubblico ufficiale, la cosa non presenta difficoltà maggiori di quelle che si incon-

---

suppone nell'alienante la facoltà di trasferire, e di trasferire il diritto così, come fu dedotto in contratto: il fatto del trasferimento è dunque il fondamento dell'obbligo della garanzia. Nei casi normali il titolare del diritto è anche colui che lo trasferisce; in questo caso garantire la facoltà di trasferire, significa garantire l'appartenenza del diritto. Nel caso del pegno, invece, tanto generale che speciale, il diritto è trasferito dal non-titolare, da un terzo avente unicamente la facoltà di alienarlo: qui la garanzia, che si basa sul fatto del trasferimento, non può gravare sul titolare, che non ha alienato, bensì solo sul creditore pignoratizio, che ha alienato ed è il venditore. Ma sul creditore pignoratizio non può gravare così come sarebbe gravata sul titolare; il venditore non proprietario non può garantire la proprietà, ma solo il suo diritto di vendere, cioè l'esistenza del pegno. Ecco dunque che l'obbligo della garanzia, in caso di evizione, incombe bensì sul creditore pignoratizio, ma limitato all'esistenza del diritto di pegno (Cfr. Chironi, *Privilegi e ipoteche*, I, pag. 593 e segg.). Questa soluzione, buona per il pegno speciale, vale anche per il pegno generale: anche qui il creditore procedente non sarebbe tenuto a rispondere che dell'esistenza del suo diritto di credito e perciò del suo diritto reale sulla cosa, il quale è però messo fuori di discussione dalla sentenza che autorizza la vendita. Sulla questione v. Mattirolo[5], VI, n[i] 317 e segg., ed autori ivi citati: ed inoltre, Mortara, *Commentario*, IV, 2, n. 278; Galli, *Giuris. esec.*, pag. 178 e segg.

(1) Cod. proc. civ., art. 627, 629, 659, 666, 674, 681, 682, 692; Cod. civ., articoli 2076, 2089.

(2) Sulla giurisdizione volontaria, v. Rocco, *Sentenza civile*, pag. 17-19 nota 16, e inoltre Chiovenda, *Principî*, pag. 263 e segg.

trano in tutti i contratti di diritto privato conclusi con tale procedimento (1).

26. L'ultimo momento della procedura di spropriazione è l'*attribuzione del prezzo* ricavato dalla vendita. Anche questo momento è realizzazione del diritto di pegno del creditore: il diritto al valore pecuniario importa la facoltà di far proprio il prezzo, dopo realizzato il valore. Si riproduce, a proposito di tale facoltà, la situazione già esposta a proposito della facoltà di alienazione. Il creditore non può da sè esercitarla; egli perciò non acquista, con la vendita, il diritto di esigere senz'altro il prezzo dal compratore; ma anche qui è necessario l'intervento dell'organo giurisdizionale (2). Del quale intervento la ragione fondamentale sta nel concorso di diritti che si verifica sul prezzo della cosa venduta: diritto del debitore espropriato, al prezzo residuo dopo pagati i creditori: diritto del creditore procedente: diritti degli altri creditori intervenuti nel giudizio esecutivo. Realizzato il valore della cosa, è ancora da determinare a chi ed in qual misura si debba attribuire il prezzo: l'accertamento, in base al quale si è proceduto al pignoramento e alla vendita non è sufficiente a questo scopo; mediante l'accertamento contenuto nel titolo esecutivo è messa fuori questione l'esistenza del diritto di credito *del creditore procedente*, e del suo diritto di pegno *generale* sul patrimonio: mediante l'accertamento proveniente dalla sentenza che autorizza la vendita è messa fuori questione l'esistenza del diritto di pegno *del creditore procedente sulla cosa individualmente determinata*, che si vuol alienare. Ma rimane ancora incerto, venduta la cosa e realizzato il prezzo, quale parte del prezzo spetti al creditore procedente, *nel concorso degli altri creditori, e quale a ciascuno degli altri creditori concorrenti*, e quale sia, perciò, eventualmente, la parte residua, che deve essere assegnata al debitore. Questa incertezza, ove non sia eliminata dall'accordo di tutti gli interes-

---

(1) Cfr. Regelsberger, *Civilrechtliche Erörterungen*, Weimar, 1818, pagine 162-196.

(2) Pei mobili v. Cod. proc. civ., art. 650, 651, 652, 654; per gli immobili: art. 709 e 1; 717.

sati (1), richiede l'intervento del giudice, e impiego di attività giurisdizionale.

L'accertamento compiuto ai fini dell'attribuzione del prezzo, come ha uno speciale effetto, così ha uno speciale carattere, che lo distingue dall'accertamento vero e proprio del credito, fatto nel processo di cognizione o dichiarazione, ed uno speciale valore, che non esce dai confini del processo esecutivo, nel quale è avvenuto.

27. Il diritto di pegno generale del creditore trova una importante manifestazione anche nel *sequestro conservativo*.

Il sequestro conservativo, che la legge stabilisce a favore del *creditore*, il quale " abbia giusti motivi di sospettare della fuga del suo debitore, di temere sottrazioni, o sia in pericolo di perdere le garantie del suo credito " (C. p. c., art. 924), deve di necessità riconnettersi col diritto del creditore sul patrimonio, riconosciuto nell'art. 1949 Cod. civ. (2).

Ogni forma di sequestro ha per presupposto l'incertezza circa l'appartenenza presente o futura di un diritto, e per iscopo l'assicurare il godimento del diritto incerto o pendente a colui, il quale ne risulterà definitivamente titolare. Ogni sequestro si risolve perciò nella *sospensione, per tutti e riguardo a tutti, dell'esercizio delle facoltà corrispondenti al contenuto del diritto, di cui appaia incerta l'appartenenza presente o futura, finchè lo stato di incertezza non sia venuto a cessare*. Riconosciuta l'esistenza dello stato di incertezza o pendenza, la sospensione temporanea ed obiettiva dell'esercizio delle facoltà, da cui risulta il diritto, ne deriva come una conseguenza logica; è naturale che nessuno sia autorizzato ad esercitare facoltà, di cui è incerto chi debba essere il definitivo titolare. A questo concetto risponde il sequestro convenzionale, in cui il riconoscimento dello stato di incertezza o pendenza avviene mediante contratto, e contrattualmente si pronuncia la sospensione dell'esercizio delle facoltà soggette all'incertezza (3). Allo stesso

---

(1) Cod. proc. cit., art. 652, 654 (caso eccezionale).

(2) Cfr. Mortara, *Commentario*, III, n. 769; Diana, *Le misure conservatorie interinali*, Siena, 1909, pag. 15.

(3) Cod. civ., art. 1870 " Il sequestro convenzionale è il deposito di una cosa *controversa* fatta da due o più persone presso un terzo che si obbliga di

concetto risponde il sequestro giudiziario in ampio senso (comprendente il sequestro giudiziario propriamente detto e il conservativo), nel quale la sospensione segue ad una pronuncia del giudice che riconosce lo stato di incertezza o di pendenza (1). L'esistenza di un *pericolo* per il godimento futuro del diritto da parte di chi ne risulterà titolare non è perciò il fondamento del sequestro giudiziario (come non lo è del sequestro convenzionale, in cui non figura, in-

restituirla, *terminata la controversia*, a colui, al quale sarà dichiarato che debba appartenere „. È naturale che durante il sequestro, nessuna delle parti possa disporre delle cose sequestrate.

(1) Fra le c. d. azioni *assicurative* è compresa l'azione di sequestro, che tende ad ottenere dal giudice la dichiarazione della incertezza o pendenza del diritto e la pronuncia della sospensione del suo esercizio. È affermazione frequente che l'azione di sequestro, come tutte le azioni assicurative, abbia il suo fondamento unicamente nel diritto processuale: v. Hellwig, *Klagrecht u. Klagmöglichkeit*, pag. 13-14: “ Trotzdem ist es ein rein prozessuales Recht (nicht etwa ein Ausfluss der zu sichenrnden Forderung) und wohl zu unterscheiden von einem materiell rechtlichen Auspruch auf Sicherheitsleistung „; Chiovenda, *Principî*[2], pag. 184: “ Il potere giuridico di ottenere uno di questi provvedimenti è una forma per sè stante d'azione (azione assicurativa): ed è *mera* azione, che non può considerarsi come accessoria del diritto cautelato, perchè essa esiste, come potere attuale quando ancora non si sa se il diritto cautelato esista „; Diana, *Le misure conservative interinali*, pag. 3, nota 2: “ non si tratta di una pretesa al conseguimento del diritto. accessoria al diritto materiale tutelato, ma di un diritto puramente processuale, diretto a garantire l'esercizio dell'azione pubblica assicurativa „. Cfr. anche: Gaupp-Stein, *Civilprozessordnung*[7-8], II, pag. 776. Questa dottrina è giusta nel senso, che col sequestro il diritto si realizza non a favore di un subietto determinato e perciò non a favore di chi esercita l'azione di sequestro, ma a favore di chi ne risulterà titolare, quando sarà cessato lo stato di incertezza o di pendenza. In realtà, non è questa una caretteristica della sola azione assicurativa, bensì di tutte le azioni: anche nell'azione tendente ad una sentenza, l'attore non chiede la realizzazione del diritto (mediante accertamento) a *proprio favore*: chiede semplicemente l'accertamento del diritto, che avverrà a favore dell'*effettivo titolare del diritto effettivamente esistente*, attore o convenuto. L'esistenza di azioni assicurative, e in ispecie dell'azione di sequestro, in cui appare evidente la configurazione dell'azione come un puro diritto processuale, indipendente dall'esistenza di un diritto privato materiale, è una nuova prova a favore della dottrina che concepisce l'azione come un diritto “ astratto „ (non legato cioè ad un diritto materiale) e contro specialmente, la dottrina del c. d. diritto alla tutela giuridica (*Rechtsschutzanspruch*). Cfr. più indietro n. 14, testo, e nota 4.

fatti, come requisito del contratto); ma è soltanto una *condizione* del diritto ad ottenere la pronuncia del giudice che constata l'incertezza e ordina il sequestro: il pericolo serve solo a stabilire l'*interesse* dell'attore a far pronunciare l'incertezza. Fondamento del sequestro è invece, unicamente, l'incertezza o la pendenza del diritto: incertezza o pendenza che figura pertanto come elemento essenziale del sequestro convenzionale (Cod. civ., art. 1875), e che costituisce, nel sequestro giudiziario, il *fatto giuridico*, il quale, una volta accertato giudizialmente, dà luogo alla conseguenza giuridica del sequestro (1).

Nel sequestro giudiziario *stricto sensu* (Cod. civ., art. 221) si disciplinano tre ipotesi di incertezza o di pendenza: *a*) l'incertezza sulla appartenenza della proprietà o del possesso di una cosa mobile ed immobile, sulla quale sia già sorta una formale contestazione giudiziaria (art. 1875, n. 1); *b*) l'incertezza sulla appartenenza presente o anche futura della proprietà o del possesso o di una o più facoltà corrispondenti al contenuto di un diritto reale frazionario su una cosa mobile o immobile, all'infuori di una già esistente contestazione giudiziaria (art. 921) (2); *c*) l'incertezza sulla appartenenza di una cosa, costituente l'oggetto di una prestazione ob-

---

(1) Le condizioni, per l'esercizio dell'azione di sequestro (presupposti dell'azione) sono perciò due: 1° L'*incertezza* sulla appartenenza di un diritto; l'incertezza, considerata dal punto di vista di chi domanda il sequestro, importa che questi appaia come un *possibile* avente diritto; non si vuole che il diritto di chi chiede il sequestro sia accertato: ciò, anzi, escluderebbe quell'incertezza, che è base del sequestro, ma si vuole che la pretesa si presenti con una tale apparenza di fondamento, da rendere *incerta* l'appartenenza del diritto, in chi figura attualmente come titolare. È questo ciò che si suol chiamare comunemente *fumus boni iuris*; 2° Il *pericolo* che il diritto non possa più essere realizzato a favore di chi ne risulterà il titolare: il pericolo serve a stabilire l'*interesse* ad agire di chi domanda il sequestro.

(2) La differenza tra il caso dell'art. 1875 e quello dell'art. 921 sta in ciò, che nel primo occorre l'esistenza di una formale *controversia giudiziaria*, e si considera l'ipotesi dall'incertezza sull'appartenenza della proprietà o del possesso: nel secondo, basta che l'incertezza risulti anche da una semplice *pretesa* non fatta valere giudiziariamente (purchè, s'intende, fornita di una *apparenza* di buon diritto), e si considera anche l'ipotesi che l'incertezza sia sull'esercizio di un diritto reale diverso dalla proprietà o dal possesso; " parte interessata " secondo l'art. 921 è perciò chiunque pretenda di avere sulla cosa un diritto reale di qualunque natura. Cfr. Chiovenda, *Principi*², pag. 188.

bligatoria, che il debitore offre per la sua liberazione e che il creditore ricusa di accettare (art. 1875, n. 2).

Nel sequestro conservativo si disciplina una quarta ipotesi di incertezza o di pendenza, quella che consegue all'affermazione dell'esistenza di un diritto di credito e quindi di un diritto di pegno (generale, ma eventualmente anche speciale) sul patrimonio del debitore. Posto il problema della esistenza di un diritto di pegno generale o speciale, l'appartenenza futura della facoltà di disporre delle cose che ne sono oggetto diventa immediatamente incerta. Se infatti l'esistenza del pegno sarà negata, la facoltà di disporre resterà senza limiti al proprietario; se, al contrario, sarà constatata, al momento della realizzazione del pegno, la facoltà di disporre passerà al titolare del diritto di pegno, che potrà realizzare, mediante vendita, il valore della cosa e farne proprio il prezzo. Stabilita pertanto l'incertezza sulla esistenza del diritto di pegno e quindi sulla appartenenza della facoltà di disporre delle cose che se ne affermano oggetto, si determina uno stato di pendenza, durante il quale deve essere sospeso per tutti l'esercizio della facoltà di disporre delle cose anzidette, allo scopo di rendere possibile l'esercizio di tale facoltà a colui, proprietario o creditore, a cui risulterà effettivamente appartenere. Questa ipotesi di incertezza è disciplinata nell'art. 924 Cod. proc. civ., il quale, però, limita la possibilità della sospensione della facoltà di disporre alle sole cose mobili ed ai diritti di credito del presunto debitore, e vuole che il presunto creditore legittimi il suo interesse ad ottenere dal giudice la constatazione della incertezza, provando il pericolo di trafugamento o di dispersione delle cose (1).

---

(1) Con la costruzione disegnata nel testo, il sequestro conservativo viene ricollegato strettamente al giudiziario, da cui, in realtà, differisce, non per la natura, nè per gli effetti, ma solo per l'*oggetto*, in quanto il sequestro giudiziario si fonda sull'incertezza della proprietà o di un altro diritto reale, mentre il sequestro conservativo si fonda sull'incertezza di un diritto reale particolare: il diritto di pegno spettante a ciascun creditore sul patrimonio del debitore (v. in senso in parte analogo, De Palo, *Titolo esecutivo*, pag. 22, nota 2). Ciò spiega come il creditore che abbia un diritto di pegno *speciale* possa ottenere e il sequestro giudiziario, e il conservativo. Cfr. Mattirolo, *Trattato*, V, n[i] 1077 e 1092, sub *b*). Del resto il collegamento del sequestro col pegno spettante al creditore risponde all'evoluzione storica del sequestro, di cui è accertata la derivazione dal *pignoramento privato* dell'antico diritto germanico

Tutto ciò premesso, riesce evidente che il sequestro conservativo, in quanto può essere pronunciato anche a favore del creditore semplicemente chirografario, costituisce un riconoscimento e una sanzione del diritto generale di pegno. Se a favore del presunto creditore è pronunciata la sospensione della facoltà di disporre delle cose appartenenti al patrimonio del debitore, e se, quindi, l'incertezza sulla esistenza del credito significa incertezza sulla facoltà di disporre dei beni costituenti il patrimonio, è chiaro che la sospensione in tanto è pronunciata in quanto il posteriore accertamento del credito implicherà l'accertamento del diritto del creditore di disporre dei beni del suo debitore. Ora questo diritto di disporre delle cose altrui non può essere che il diritto di *realizzarne il valore*, ossia il pegno.

28. La sospensione della facoltà di disporre, operata col sequestro conservativo (1), importa, nei riguardi del debitore, la so-

---

(v. specialm. Wach, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung*; Erster Theil, *Der italienische Arrestprozess*, Leipzig, 1868, pag. 33 e segg.). Coll'affermarsi dell'autorità dei comuni, la consuetudine del pignoramento per autorità del creditore decadde gradualmente, man mano che cresceva l'ingerenza della pubblica autorità nell'esecuzione forzata: si incominciò col far intervenire l'autorità per l'approvazione del pignoramento eseguito dal creditore; ma in seguito si prescrisse che il pignoramento dovesse essere preventivamente autorizzato dalla pubblica autorità. Tale autorizzazione preventiva però non essendo, sull'inizio, subordinata a un vero accertamento del diritto eseguito in contradittorio, la prima forma di pignoramento pubblico ebbe tutto il carattere di una *esecuzione anticipata*, che, osserva benissimo il Wach, avrebbe ben potuto aspirare al nome di una procedura di sequestro (Wach, *Arrestprozess*, pag. 37). E il sequestro invero non è che una trasformazione di questa prima forma di pignoramento pubblico, utilizzata non più per la realizzazione del credito, ma solo per la conservazione (Wach, *Arrestprozess*, pag. 37-38, 77-81). Si incomincia col realizzare il diritto di pegno, anche prima che ne sia accertata l'esistenza, e si finisce coll'assicurarne la realizzazione, per quando sarà accertato. La connessione del pegno col sequestro è, anche dal punto di vista storico, affermata dal Wach, *Arrestprozess*, pag. 38: " Man musste einen Sicherungsanspruch im Gefährdefälle schaffen, zu dessen schleugnister Realisirung man sehr wohl das processualische Mittel der anticipirten Execution verwerthen könnte. Das italienische Recht betrat diesen Weg und bildete so den Sicherungsarrest *als anticipirte Execution eines accessorischen Cautionsanspruches aus* ".

(1) La funzione del giudice nel pronunciare il sequestro, in quanto tende ad *assicurare* la futura realizzazione di un diritto, è vera funzione giurisdizio-

spensione della facoltà di compiere sia *atti giuridici di alienazione*, sia atti di *materiale disposizione della cosa*. Essa perciò si risolve in un duplice divieto imposto al debitore: *divieto di alienazione*; *divieto di disposizione materiale* (1). *a*) Il *divieto di alienazione* ha per conseguenza la inefficacia delle alienazioni fatte in onta al divieto: inefficacia però non assoluta, ma relativa in un doppio senso. Relativa anzitutto quanto al tempo, giacchè il debitore rimane, malgrado il sequestro, proprietario, e la facoltà di disporre non gli è tolta definitivamente, ma solo *sospesa*: l'inefficacia degli atti giuridici di alienazione dura perciò tanto quanto dura la sospensione, e termina con la cessazione del sequestro. Relativa poi quanto alle persone, giacchè la sospensione essendo conseguenza dell'incertezza dovuta all'accampato diritto di pegno del creditore sequestrante, essa è stabilita unicamente a vantaggio del creditore: solo il sequestrante può perciò far valere l'inefficacia degli atti di alienazione; *b*) *Il divieto degli atti di materiale disposizione*, oltre alle sanzioni penali, comuni al divieto di alienazione (Cod. pen., art. 203, cap. 1°), può essere preventivamente assicurato mediante lo *spossessamento* del debitore e l'attribuzione del possesso ad una terza persona (*sequestratario*) (2). Il sequestratario va normalmente considerato come un depositario: egli ha, cioè, il possesso delle cose sequestrate allo scopo della loro conservazione. Ma in casi particolari, quando le cose sequestrate siano di tal natura che la loro conservazione ne importi non solo la custodia materiale, ma una vera e propria *amministrazione* (così nel sequestro di immobili, nel sequestro di una *universitas*), il sequestratario assume il carattere

---

nale: nè la mancanza del contradittorio nel primo stadio della procedura di sequestro è sufficiente a toglierle questo carattere (cfr. Rocco, *Sentenza civile*, pag. 73-74). Il procedimento per la pronuncia del sequestro è un processo di *dichiarazione*, che ha per obietto la constatazione della incertezza o pendenza, che è fondamento del sequestro: l'esecuzione del sequestro è *esecuzione forzata* (cfr. Gaupp-Stein, *Civilprozessordnung*[7-8], II, pag. 775). Nel primo stadio del procedimento, stante l'urgenza, si prescinde dalla dichiarazione e si procede all'esecuzione del sequestro per semplice decreto, Cod. proc. civ. 925 e 931: si ha perciò un caso di procedimento monitorio o ingiunzionale.

(1) Meibom, *Der Immobiliararrest im Geltungsbereiche der deutschen Civilprozessordnung*, nell' " Archiv für die civilistische Praxis ", LXXII (1888, pag. 362 e segg.).

(2) V. Meibom, *Der Immobiliararrest*, pag. 415-418.

di vero e proprio *amministratore*. La privazione del possesso non è del resto connessa necessariamente al sequestro: essendo perfettamente concepibile che il debitore stesso rimanga in possesso delle cose sequestrate, in qualità di sequestratario.

29. Una ulteriore manifestazione del diritto di pegno generale è l'*azione surrogatoria*.

Se non vi è concordia, tra gli scrittori, intorno alla origine, assai incerta, di questo istituto (1), è invece generale l'affermazione che esso debba ricollegarsi col principio degli articoli 1948 e 1949 Cod. civ. (2). Ed invero la surrogatoria non soltanto presuppone un diritto del creditore sul patrimonio, ma è addirittura un modo di esercizio di questo diritto, e un modo di esercizio compatibile solo con la concezione del diritto sul patrimonio come un diritto di pegno.

Mediante l'azione surrogatoria il creditore è autorizzato a esercitare, per il conseguimento di quanto gli è dovuto, tutti i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona (Cod. civ., art. 1234). È opinione assai diffusa che questa facoltà del creditore abbia la sua base nella *rappresentanza* del debitore, derivante dalla legge (3). Ma per respingere questa opinione basta osservare che la rappresentanza importa sempre che si prosegua con la volontà *propria* un interesse *altrui*: dove, invece, con la volontà propria, si prosegue un inte-

---

(1) Sulle origini dell'azione surrogatoria rimane ancora fondamentale lo scritto del LABBÉ, *De l'exercice des droits d'un débiteur par son créancier*, nella "Revue critique de législation et giurisprudence", IX (1856), pag. 209-217. V. inoltre: F. FERRARA, *Natura giuridica dell'azione surrogatoria*, nel "Foro italiano", XXIX (1904), pag. 1401 e segg.; CANTONI, *Le origini dell'azione surrogatoria*, nella "Riv. di dir. comm.", V (1907), pag. 43 e segg.

(2) GIORGI, *Obbligazioni*, II, n. 191; LABBÉ, *De l'exercice*, pag. 223; LAURENT, *Principes*, XVI, n. 383; CANTONI, *Origini dell'azione surrogatoria*, pag. 47, 54; CROME, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, pag. 297-298; MAIERINI-GIORGI, *La revoca degli atti del debitore*, Firenze, 1898, pag. 65 e segg.; ZACHARIAE-CROME, *Handb. d. französischen Civilrechts*, II, pag. 299.

(3) GIORGI, *Obbl.*, II, n. 197-198; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon. Traité des contrats et des obligations*, II, n. 113; LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, sull'art. 1166, n. 22; ZACHARIAE-CROME, *Handb. d. franz. Civilrechts*, II, pag. 300, nota 4; CROME, *Die Grundlehren*, pag. 300.

resse *proprio*, si è fuori del campo della rappresentanza (1). Il diritto moderno, che rifugge, per quanto è possibile, dalle *finzioni*, non conosce la figura del *procurator in rem suam*, finzione che il diritto romano creò per le esigenze speciali della sua procedura. “ Esercitare un diritto altrui nel proprio interesse „ (2) oggi non è proprio affatto possibile. In verità “ diritto „ e “ interesse „ non sono termini che possano star separati, in modo che il titolare del primo possa anche non essere il titolare dell'altro. Il diritto non è appunto che l'interesse tutelato dalle norme giuridiche mediante il riconoscimento della volontà: il titolare dell'interesse è dunque anche, necessariamente, il titolare del diritto. E, realmente, il creditore che esercita i diritti e le azioni del suo debitore, per quanto possa ciò a prima vista apparire contraddittorio, li esercita in virtù di un proprio diritto e non come rappresentante del debitore (3). Il creditore ha, appunto, il diritto di esercitare i diritti del suo debitore. Questa situazione, tutt'altro che rara, si verifica in tutta la categoria dei *diritti sovra diritti*. Tale appunto deve considerarsi il caso dell'azione surrogatoria, in cui l'esistenza di un *diritto* ad esercitare *un diritto altrui* fa naturalmente pensare a un *diritto del creditore sui diritti del debitore*. Ora questo diritto sui diritti del debitore noi sappiamo che esiste, ed è il pegno generale, che avendo per oggetto tutto il patrimonio del debitore, cade anche sui diritti di questi, in quanto fanno parte, ossia in quanto sono *elementi* del suo patrimonio (4).

---

(1) Come abbiamo avuto altra volta occasione di notare (*Riv. di dir. comm.*, 1903, II, 483 e segg.) la non coincidenza del subietto delle volontà col subietto dell'interesse dà luogo, nell'esercizio del diritto, al fenomeno della *rappresentanza*: ma decisivo per l'appartenenza del diritto è sempre l'*interesse* proseguito. Nella costituzione del diritto subiettivo il *prius*, l'elemento fondamentale è, invero, l'*interesse*: la volontà è il *mezzo*, in virtù del quale l'interesse ottiene riconoscimento giuridico e diviene diritto. Cfr. Jellinek, *System d. subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1905, pag. 41 e segg.

(2) Giorgi, *Obbl.*, II, n. 198.

(3) In questo senso: Labbé, *De l'exercice*, pag. 221; Aubry e Rau, *Cours de droit français*, IV, § 312, nota 18; Laurent, *Principes*, XVI, n. 407.

(4) Il pegno, come *diritto al valore*, può cadere tanto su cose corporali, quanto su diritti che, al pari delle cose corporali sono suscettibili di essere scambiati contro denaro, e perciò hanno anch'essi un valore pecuniario: cfr. Sohm, *Die Lehre vom Subpignus*, pag. 26; Bremer, *Das Pfandrecht und die Pfandobjekte*, pag. 34 e segg.

L'azione surrogatoria è dunque un modo di esercizio del diritto di pegno generale, in quanto colpisce i beni incorporali appartenenti al patrimonio. Come in tutti gli altri casi, anche qui il titolare del pegno esercita per diritto proprio facoltà normalmente appartenente al titolare del diritto su cui il pegno è costituito (1). Il pegno su un diritto, come diritto al valore di questo, contiene in sè tutte le facoltà occorrenti per l'appropriazione di questo valore, e quindi non solo la facoltà di realizzare il valore del diritto mediante alienazione o in altro modo equivalente (2), ma anche la facoltà di fare tutti gli atti necessari per preparare e rendere possibile la realizzazione. Ciò significa che il titolare del pegno su un diritto è autorizzato ad esercitarlo, in quanto ciò sia necessario per prepararne la realizzazione (3). Così avviene, anche, per il diritto di pegno generale; il che rende chiaro il carattere *conservativo* della surrogatoria; esercitando i diritti del debitore, il creditore non realizza il pegno; ne prepara soltanto la realizzazione. Questa ha luogo in altro modo, e precisamente con le norme della procedura di espropriazione (specie con le norme del pignoramento presso terzi), che hanno altro scopo, altri caratteri, altri presupposti, e non debbono ritenersi punto un duplicato della surrogatoria (4).

---

(1) Osserva giustamente il Bremer, *Das Pfandrecht u. die Pfandobjekte*, pag. 69: " Il diritto su cui il creditore pignoratizio esercita la sua signoria, è un diritto altrui, ma su di esso egli ha un diritto proprio e quindi autonomo. Il creditore pignoratizio non si deve dunque considerare come *procuratore* di un altro ". V. anche Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 128 e segg.

(2) Sohm, *Subpignus*, pag. 47 e segg.; Bremer, *Pfandrecht*, pag. 65 e segg.

(3) Cfr. Sohm, *Subpignus*, pag. 27.

(4) Per la natura conservativa della surrogatoria: De Palo, *Titolo esecutivo*, pag. 25-26; F. Ferrara, *Natura giuridica* cit., pag. 1404-1405; Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, sull'art. 1166, n. 21; Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, V, n. 2300. Per la natura esecutiva: Labbé, *De l'exercice*, pag. 218; Demolombe, *Cours de code Napoléon. Traité des contrats*, II, n. 132; Zachariae-Crome, *Handb.*, II, pag. 299; Crome, *Die Grundlehren*, pag. 300-301; Chironi, *Istituz.*, II, pag. 71. Giorgi, *Obbl.*, II, n. 195, 199, fa della surrogatoria un'azione ora conservativa, ora esecutiva secondo lo scopo che si propone il creditore (ma evidentemente, ammettendo che la surrogatoria possa, a volontà del creditore, condurre *anche* alla esecuzione, si conclude, sostanzialmente, per la natura esecutiva di essa).

30. Anche nell'*azione revocatoria* infine si manifesta il diritto di pegno generale del creditore.

Con l'azione revocatoria, è noto, i creditori " possono impugnare in proprio nome gli atti che il debitore abbia fatti in frode delle loro ragioni „ (Cod. civ., art. 1235). Circa la natura di questa azione, le opinioni sono divise. Taluno afferma che le revocatoria abbia il suo fondamento nella *nullità* dell'atto, e che debba perciò considerarsi come un'azione di nullità (1). Altri pone come fondamento dell'azione un diritto reale del creditore sulla cosa uscita dal patrimonio del debitore in virtù dell'atto fraudolento (2). Altri ancora

---

(1) Per la dottrina della nullità: Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, X, n. 574; Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, II, n. 289; Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, sull'art. 1167, VI, n. 502; Solon, *Des nullités*, II, n. 460; Laurent, *Principes*, XVI, n. 483. Contro: v. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, sull'art. 1167, n. 57 e 62; Mourlon, *Répétitions écrites sur le Code Napoléon*, n. 14; Demolombe, *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats*, II, n. 247; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, IV, § 313, note 38 e 41; Naquet, *Étude sur l'action Paulienne*, Paris, 1869, pagine 171 e segg.; Pacifici-Mazzoni, *Istituz.*, IV, n. 101; Giorgi, *Obbl.*, II, n. 338; Maierini-Giorgi, *Della revoca degli atti fraudolenti fatti dal debitore in pregiudizio dei creditori*, Firenze, 1898, pag. 65, 91-94, 367 e segg., 381, 385; Tarducci, " Arch. giur. „, XLIV, pag. 194; Brezzo, *La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori*, Torino, 1891, n. 130 e segg.; De Palo, *La revocatoria per frode nei recenti studi civilistici*, nel " Filangieri „, 1899, pag. 88; Zachariae-Crome, *Handb.*, II, pag. 310, nota 12 *a*; Cfr. anche Cosack, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners*, Stuttgart, 1884, pag. 240-242; Müller, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger innerhalb und ausserhalb des Konkurses*, Tübingen, 1902, pag. 12-14; Otto, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt*, Leipzig, 1881, pag. 11-12. V. anche la nota seguente.

(2) L'opinione che l'azione pauliana abbia natura reale fu sostenuta da alcuni antichi scrittori: Lauterbach, Vulteio (citati da Serafini E., *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, Pisa, 1887, 1889, II, pag. 86). E fu accolta anche da una sentenza della Corte d'Appello di Palermo, 11 marzo 1878, *Circ. giur.*, 1878, 243. Ma oramai è generalmente respinta dalla dottrina e dalla giurisprudenza: v. Aubry et Rau, *Cours de droits civil français*, IV, § 313; Naquet, *Étude sur l'action Paulienne*, pag. 168; Maierini, *Revoca*, pag. 63; Giorgi su Maierini, pag. 82-91; Giorgi, *Obbl.*, II, n. 356; Brezzo, *Revoca*, n. 52; Serafini E., *Revoca*, II, pag. 85-87; De Palo, *La revoca per frode nei recenti studi civilistici*, pag. 86-87; Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti*, Roma, 1902, pag. 40 e segg. Tuttavia, non

crede che la revocatoria si debba ricondurre ad una obbligazione *ex-lege* del terzo che pose in essere col debitore l'atto pregiudizievole; obbligazione stabilita per motivi di convenienza e di equità (1). La dottrina più diffusa ritiene che l'azione dell'art. 1235 abbia la sua base nel fatto *illecito* del debitore, il quale implica *responsabilità* e quindi obbligo al risarcimento del danno nel terzo partecipe della frode, e in ogni modo obbligo nel terzo, anche non partecipe, a restituire tutto ciò, di cui si sia avvantaggiato per effetto del fatto illecito del debitore, e che appunto perciò deve considerarsi come un arricchimento indebito (2). Comunque, in tutte

---

mancano, anche nella dottrina recente, accenni ad un ritorno alla concezione della pauliana come un'azione reale. Così, ad es., il Brezzo, *Revoca*, pag. 83 e 187, in base agli articoli 1735 e 1933, n. 3, Cod. civ., che impongono la trascrizione della domanda di revoca, sostiene che l'azione pauliana è personale in quanto tende alla revoca dell'atto, ma è reale in quanto tende alla rivendicazione conseguente alla revoca. Contro Brezzo v. specialm. Giorgi su Maierini, pag. 83-91 e *Obbl.*, II, n. 356 in nota. Una tendenza in qualche modo analoga si è manifestata nella dottrina tedesca più recente; taluni scrittori, con a capo l'Hellwig, ritengono che la revoca produca effettivamente la inefficacia parziale (relativa) dell'atto, e perciò produca nei riguardi del creditore il ritorno nel patrimonio del debitore delle cose illegittimamente uscitene: su queste il creditore potrebbe in tal modo soddisfarsi: sotto questo punto di vista la revocatoria sarebbe un diritto meramente processuale (Sono evidenti le analogie di questa dottrina anche con la teoria della nullità). V. Hellwig, nella " Zeitschrift für deutschen Civilprozess ", XXVI, pag. 474 e segg.; *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1900, pag. 380 e segg.; *Anspruch und Klagrecht*, Jena, 1900, pag. 81 e segg.; *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, pag. 109, nota 19; *Lehrb. d. Civilprozessrechts*, I, pag. 224, nota 9; Kipp su Windscheid, *Pand.*, II, pag. 1020-1024; Crome, *System d. bürg. Rechts*, I, pag. 352 e segg.; Müller, *Anfechtungsrecht*, pag. 34 e segg.; Voss, nei " Jahrbücher für die Dogmatik ", XLVII, pag. 233 e segg.; Hellmann, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, Berlin, 1907, pag. 353 e segg.

(1) Cosack, *Anfechtungsrecht*, pag. 24-30; Seuffert, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pag. 226; Jaeger, *Kommentar zur Konkursordnung*, 3ª e 4ª ed., Berlin, 1907-1908, pag. 303, annot. 7; Brezzo, *Revoca*, pag. 51, 64 e segg.

(2) Giorgi su Maierini, *Revoca*, pag. 43 e segg.; 272 e segg.; *Obbl.*, II, nⁱ 291, 292; Serafini E., *Revoca*, II, pag. 76 e segg.; Solazzi, *Revoca*, pag. 38 e segg., Bonelli, *Fallim.*, I, n. 405; Otto, *Anfechtung*, pag. 12-13; Wilmowski, *Reichskonkursordnung*, 6ª ed., Berlin, 1906, pag. 661; Falkmann, *Zwangsvollstreckung*², pag. 488.

queste dottrine, fondamento ultimo dell'azione è sempre il fatto illecito del debitore; è naturale perciò che si domandi perchè la diminuzione del patrimonio, operata dal debitore, debba qualificarsi illecita. L'*illiceità* è, anzitutto, *violazione di un diritto*: il fatto del debitore, per essere illecito nei riguardi del creditore, deve dunque violare un diritto di questi. Il solo elemento subiettivo (*frode*) o il solo elemento obiettivo (*danno*) non basterebbero a qualificare come illecito l'atto se non concorresse quest'altro elemento essenziale: la violazione di un diritto del creditore. Adunque è chiaro che la revocatoria presuppone l'esistenza di un diritto del creditore sul patrimonio, il quale viene violato quando il debitore ne diminuisca il valore in modo da rendere impossibile al creditore di ottenere su di esso la realizzazione del suo credito. Questo diritto non è e non può essere che il diritto di pegno generale. Il pegno generale, colpendo il patrimonio come *universitas* e quindi i singoli beni solo in parte ne fanno parte, per sè non toglie al debitore la facoltà di disporre delle cose e dei diritti che lo costituiscono. Il debitore che, in qualunque modo, dispone di tali elementi patrimoniali, usa di un suo diritto e non reca ingiuria ad alcuno. Ma se, usando della sua facoltà di disposizione, il debitore diminuisce il valore del patrimonio in modo che il valore di ciò che resta sia insufficiente a soddisfare integralmente il creditore o tutti i creditori, qualora ve ne siano più, si verifica una condizione di cose particolare, in cui l'atto di disposizione diventa illecito nei riguardi dei creditori, *in quanto, per effetto di esso, si produce una diminuzione nel valore del patrimonio*. Il patrimonio è l'oggetto del pegno: diminuire il valore del patrimonio, vuol dire diminuire il valore dell'oggetto del pegno, e perciò, violare il diritto del titolare del pegno, sempre che con quella diminuzione il valore dell'oggetto del pegno diventi insufficiente a soddisfare il credito; il pegno è diritto ad una data parte del valore della cosa (nel caso nostro, del patrimonio): non si può, senza violare il diritto di pegno, diminuire il valore della cosa (cioè del patrimonio) oltre ciò che eccede quella parte. E poichè il pegno generale spetta ad ugual titolo a tutti i creditori, è illecita ogni diminuzione di patrimonio, che renda il valore di ciò che resta insufficiente a pagare tutti i creditori.

§ 3.

La realizzazione dell'obbligazione nel fallimento del debitore.

Sommario: 31. Il diritto di pegno generale in caso di solvenza e in caso di fallimento. — 32. Il diritto di pegno nei rapporti col debitore e con gli altri creditori. — 33. I due principî fondamentali della regolamentazione giuridica del fallimento. — 34. Legislazioni che distinguono la regolamentazione del diritto di pegno in caso di solvenza e in caso di insolvenza. — 35. Legislazioni che non distinguono fra solvenza e fallimento, ma tra debitori civili e commercianti. — 36. Carattere della procedura ordinaria nel diritto italiano e francese. — 37. Esecuzione speciale ed esecuzione a base di inclusione. — 38. Il principio di inclusione quanto alla partecipazione al ricavato della vendita. — 39. Il principio di esclusione quanto alla partecipazione al processo. — 40. Inconvenienti della procedura ordinaria italiana e francese. — 41. Ripercussione di tali inconvenienti sul sistema revocatorio. — 42. Disciplina giuridica del fallimento del commerciante, e i suoi principî fondamentali: comunione dei diritti di pegno concorrenti; illegittimità degli atti di diminuzione del patrimonio. — 43. Riepilogo.

31. Quanto si è detto sinora intorno alla natura e alle manifestazioni del diritto generale di pegno permette di determinare con precisione l'influsso, che esercita sulla realizzazione del diritto di credito il fallimento del debitore. Finchè il debitore è in istato di *equilibrio economico*, la realizzazione del credito mediante la realizzazione del pegno generale non offre difficoltà gravi. In questo caso l'inadempimento è effetto soltanto della mala voglia dell'obbligato e la realizzazione forzata del diritto di pegno sul patrimonio riesce sempre a procurare al creditore l'equivalente economico della prestazione. Anche se più siano i creditori e più i crediti rimasti insoddisfatti per l'ostinazione del debitore (ciò che praticamente di rado può verificarsi) le difficoltà non sono gran fatto maggiori. Ha luogo, realmente qui, un *concorso* dei vari diritti di pegno generale; concorso di diritti di *ugual grado*, come vedemmo più sopra (num. 19). Ma il concorso di diritti si regola automaticamente in questo caso, in cui il pieno esercizio dell'uno è perfettamente compatibile col pieno esercizio degli altri. Più che un vero concorso, si ha, in questa ipotesi, una coesistenza di diritti,

ciascuno dei quali può essere completamente realizzato, senza detrimento degli altri (1). In qual modo debba essere disciplinata la realizzazione del diritto generale di pegno, quando il debitore si trova ancora in istato di equilibrio economico, è questione di politica legislativa, che va risolta conciliando la maggior possibile rapidità della realizzazione col minor possibile sacrificio del debitore.

Ben altrimenti complicata si presenta la situazione quando il debitore si trova in istato di *squilibrio economico* o *fallimento*. Causa dell'inadempimento non è qui la mala voglia del debitore, ma la sua impotenza a pagare.

Il diritto di pegno generale del creditore cade sopra un oggetto il cui valore pecuniario attuale è inferiore al valore della prestazione; la realizzazione del pegno deve dunque inevitabilmente lasciare il creditore, in minore o maggior misura, insoddisfatto. Se i creditori sono più (ed è questo il caso normale) lo stato di fallimento del debitore, dà luogo ad una vera *collisione di diritti*. I diritti di pegno di pari grado concorrenti sopra un oggetto di valore insufficiente vengono reciprocamente a collidere. Il concorso non è più qui *coesistenza,* ma *conflitto* di diritti.

32. Il fallimento influisce dunque sulla condizione giuridica del creditore in una doppia direzione; nei rapporti tra il debitore

---

(1) È una situazione che ha qualche analogia con quella che si verifica nella c. d. *communio pro diviso*. Si ha *communio pro diviso*, secondo la dottrina dominante, quando, malgrado l'avvenuta effettiva divisione di una cosa, permane fra le parti una tale connessione naturale o giuridica, che essa appare ancora nella sua totalità come un tutto. In questa situazione la comunione è soltanto apparente, in realtà ciascun comproprietario è proprietario esclusivo della sua parte di cosa. L'esempio che si porta di consueto è quello dell'*insula in flumine nata*, che diventa comune non *pro indiviso*, ma per parti divise (l. 79, Dig., *de aq. rer. dom.*, 41, 1). Cfr. Wächter, nell' " Archiv für die civ. Praxis. ", XXVII, pag. 176 e segg.; Unger, *System*, I, pag. 413; Regelsberger, *Pand.*, pag. 384; Windscheid-Kipp, *Pand.*, I, § 142, nota 2; Steinlechner, *Das Wesen der iuris communio und iuris quasi communio*, I, pag. 41; Randa, *Das Eigenthumsrecht*, 2ª ed., Leipzig, 1893, pag. 226-227; Pineles, *Die communio pro diviso*, nella " Zeitschrift " di Grünhut, XXIX (1902), pag. 689 e segg.

e i suoi aventi causa, e il creditore; e nei rapporti di ciascun creditore con gli altri creditori.

a) *Nei rapporti tra il debitore (e aventi causa da lui) e il creditore.* Noi sappiamo che, malgrado il diritto di pegno generale, il debitore conserva la piena disponibilità dei beni costituenti il suo patrimonio. Tale disponibilità trova però un limite nel diritto di pegno, il quale, come diritto al valore pecuniario del patrimonio, fino a un determinato ammontare, rimane menomato o leso ogni volta che, disponendo dei proprî beni, il debitore rende il valore del patrimonio inferiore a quel determinato ammontare. *Il limite entro il quale la facoltà di disposizione del debitore si esercita legittimamente è, dunque, lo stato di equilibrio economico o di solvenza.* Non solo è illegittimo, di fronte al creditore, ogni atto di disposizione, che diminuisca il valore del patrimonio, in modo da turbare quell'equilibrio e produrre il fallimento, ma è illegittimo, altresì a più forte ragione, dopo prodottosi il fallimento, *qualunque* atto di disposizione che diminuisca, in qualsiasi misura, il valore del patrimonio. Verificatosi il fallimento, il creditore acquista il diritto di insorgere contro tutte le diminuzioni di patrimonio anteriori al fallimento, in quanto abbiano determinato lo squilibrio, e contro tutte quelle posteriori, che l'hanno, in ogni caso, certamente aggravato. Prima del fallimento, il creditore non può che premunirsi contro le *possibili* violazioni del suo diritto di pegno, contro il *pericolo* di un danno, e in ciò lo soccorrono i provvedimenti *conservativi* preordinati della legge, specie il sequestro conservativo, e l'azione surrogatoria. Dopo il fallimento, egli può inoltre servirsi dell'azione revocatoria contro gli atti che diminuendo il valore del patrimonio, oggetto del suo diritto di pegno, lo hanno ingiustamente danneggiato.

b) *Nei rapporti di ciascun creditore con gli altri creditori del debitore comune.* Le conseguenze giuridiche del fallimento sono qui anche più gravi. Si produce di necessità un *conflitto* tra i varî diritti di pegno concorrenti. Il conflitto si compone naturalmente con un criterio che è dato dalla stessa natura dei diritti concorrenti: si tratta, come dichiara l'art. 1949, di diritti *uguali*, di cui perciò, nessuno può prevalere sull'altro. La composizione del conflitto non può avvenire altrimenti che con una *limitazione reciproca* nell'esercizio dei varî diritti concorrenti, tale da rendere possibile il simultaneo esercizio di tutti. Ma questa situazione rende per-

fettamente la figura giuridica della *comunione pro indiviso*: la comunione è invece appunto la *concorrenza di più diritti mutualmente limitantisi nel loro esercizio* (1).

Finchè dura lo stato di equilibrio economico è possibile il pieno e indipendente esercizio del diritto di pegno generale spettante a ciascun creditore. Il fallimento rende questo pieno e indipendente esercizio impossibile, giacchè il completo esercizio del diritto di pegno dell'un creditore significherebbe violazione dell'ugual diritto di pegno degli altri creditori. Il diritto a una parte del valore pecuniario del patrimonio *pari* all'ammontare del credito, si trasforma così nel diritto ad una quota del valore del patrimonio *proporzionale* all'ammontare del credito. In tal modo si contemperano armonicamente i diritti di tutti i partecipanti nel

(1) È questa oramai l'opinione dominante, determinatasi dopo una serie di polemiche volte specialmente a considerare la natura della comunione della proprietà o *comproprietà*. Il concetto infatti che campeggia nelle dottrine più accreditate è appunto quello di una *concorrenza* tra i vari comproprietari, che importa una reciproca limitazione. V. in questo senso già Windscheid, *Pand.*, §§ 142 e 169 *a*; Scheurl, *Theilbarkeit als Eigenschaft von Rechten*, Erlangen, 1884, pag. 1 e segg.; Eisele, *Zur Lehre von Miteigenthum*, nell' " Archiv für die civ. Praxis ", LXIII, pag. 35 e segg.; Brinz, *Pand.*, I, § 131; Dernburg, *Pand.*, I, § 195; ma meglio di tutti Scialoia, *L'actio ex stipulatu in caso di evizione parziale*, nell' " Archivio giuridico ", XXX (1883), pag. 183 e segg.; Ferrini, *Pand.*, n. 337; Barassi, *L'art. 2077 Cod. civ.*, nel " Foro it. ", 1901, 1, 1370; Randa, *Eigenthumsrecht*, pag. 231. Il concetto di una concorrenza e di una reciproca limitazione si trova affermato anche a proposito del compossesso: v. Ferrini, *Pand.*, n. 249; Wolff, *Der Mitbesitz nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches*, nei " Ihering 's Iahrbücher für die Dogmatik ", XLIV (1902), pag. 157-158. E, noi crediamo, deve affermarsi in ogni specie di comunione. Ciò che varia, nei diversi casi di comunione, è la *ragione* della limitazione: nel condominio è il concorso di più diritti di proprietà *sulla stessa cosa*; egualmente nel compossesso, nella comunione di un diritto di credito (possibile, secondo ciò che ho altrove spiegato v. Rocco, *Il concordato nel fallimento*, Torino, 1902, pag. 163) è la indivisibilità dell'oggetto della prestazione o anche una norma legale o contrattuale che vieta l'esercizio separato del diritto. Nel caso di più diritti di pegno uguali la limitazione deriva dalla insufficienza del valore dell'oggetto del pegno. Contro il concetto della concorrenza e della limitazione reciproca: Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, nel " Filangieri ", XV (1890), pag. 92 e segg.; Manenti, *Concetto della communio relativamente alle cose private*, nel " Filangieri ", 1894, pag. 27; Luzzatto, *La comproprietà nel diritto italiano*, Torino, 1908, pag. 12-13.

pegno comune. Adunque, *per la stessa natura dei diritti di pegno concorrenti, il sorgere dello squilibrio economico segna la costituzione di una comunione fra i creditori rispetto al diritto di pegno generale sul patrimonio* (1).

33. I due diversi atteggiamenti del diritto di pegno generale nel fallimento del debitore ci dànno i due principî fondamentali della regolamentazione giuridica del fallimento: *a)* nei rapporti dei creditori col debitore e coi suoi aventi causa, la *illegittimità degli atti di diminuzione del patrimonio; b)* nei rapporti fra i creditori, la *comunione dei diritti di pegno concorrenti sul patrimonio*, e quindi il diritto di ciascun creditore ad un *soddisfacimento proporzionale all'ammontare del credito* (principio di *uguaglianza*).

Questi due principî non debbono considerarsi tra loro separati, ma *coordinati*, ossia l'uno legato all'altro, e viceversa. Specialmente sulla illegittimità degli atti di diminuzione influisce in varia guisa,

---

(1) Nella dottrina, specialmente tedesca, si trova di frequente affermato, come base del diritto del fallimento, il principio della *comunione*, e quindi della *ripartizione* delle perdite; v. principalmente: Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, pag. 1-2; e *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, 2ª ed., Stuttgart, 1903, pag. 1-2; Seuffert, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, pag. 2; Pollak, *Konkursrecht*, Wien, 1897, pag. 2; Hellmann, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, Berlin, 1907, pag. 1-2. Il concetto è certamente giusto, ma non è completo. La comunione e ripartizione delle perdite, e il soddisfacimento proporzionale, sono necessariamente conseguenze di una limitazione proporzionale, che il diritto spettante a ciascun creditore sul patrimonio soffre nel suo esercizio. Ma questa limitazione proporzionale a sua volta è effetto del concorso e della comunione dei diritti spettanti ai vari creditori sul patrimonio: la comunione è perciò il concetto ultimo, il principio fondamentale che domina i rapporti tra i creditori nel fallimento. La dottrina francese (in cui pure non manca l'accenno a una ripartizione delle perdite: v. Delamarre et Lepoitvin, *Traité de droit commercial*, V, num. 68) preferisce sfruttare il concetto di una *società* o *associazione*, certo, teoricamente inesatto (v. Rocco, *Concordato*, num. 78), ma che pure corrisponde alla stessa idea. Vedi in questo senso Lyon Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, VII, n. 472; Thaller, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, n. 96; *Traité élémentaire de droit commercial*, 4ª ed.; Paris, 1910, n. 1697; Percerou, *Des faillites et banqueroutes*, I, Paris, 1909, n. 81 *bis*. Del resto su la costruzione dei rapporti giuridici fra i creditori nel fallimento torneremo ampiamente in sèguito.

il principio del soddisfacimento proporzionale: è logico infatti che il rapporto in cui ciascun creditore sta con gli altri creditori reagisca sul rapporto di ciascun creditore col debitore e coi terzi relativamente al patrimonio affetto dal pegno comune. Così deve, ad esempio, considerarsi come diminuzione di patrimonio il pagamento di un debito fatto dopo verificatosi il fallimento: se, dopo il fallimento, ciascun creditore non ha più diritto ad una parte del valore del patrimonio *pari* all'ammontare del credito, ma ad una parte semplicemente *proporzionale* al suo credito, il pagamento integrale significa attribuzione illegittima al creditore della differenza, e quindi diminuzione illegittima del patrimonio di un valore uguale a questa differenza.

I diversi atteggiamenti del diritto di pegno generale nel fallimento rendono la disciplina del suo esercizio nel fallimento assai più difficile e complicata. Mentre, nello stato di equilibrio economico, le esigenze della disciplina giuridica del pegno consistono nell'organizzare una realizzazione riguardosa bensì dagli interessi del debitore, ma il più possibile semplice e spedita, nello stato di squilibrio economico invece, altre esigenze si affacciano, che si possono ricollegare ai due principî fondamentali sopra enunciati: una rigorosa disciplina della impugnativa degli atti di illegittima diminuzione del patrimonio; una efficace attuazione del diritto di ciascun creditore al soddisfacimento proporzionale. Sono esigenze diverse, e in parte anche incompatibili con quelle della realizzazione del pegno nello stato di equilibrio. A una situazione di fatto sostanzialmente diversa, deve, di necessità, corrispondere una disciplina giuridica tutta particolare.

34. A questo concetto si ispirano le legislazioni di tipo germanico. Le quali sono tutte imperniate appunto sulla distinzione tra il caso di *equilibrio economico* (solvenza) e il caso di *squilibrio economico* (fallimento, insolvenza).

Nel caso di equilibrio, che è il caso normale, la cui regolamentazione costituisce perciò il diritto *comune* in materia, queste legislazioni si preoccupano principalmente di garantire una migliore e più semplice realizzazione del pegno. In realtà, in questo caso è possibile procedere speditamente e tutelare principalmente l'interesse del creditore procedente. Lo stato di equilibrio economico del debitore assicura che se vi sono altri creditori, e se taluni di

questi sono pure rimasti insoddisfatti per mala voglia dell'obbligato (caso davvero in pratica non frequente) potranno essi conseguire ugualmente quanto è loro dovuto. In questa sicurezza è ben giusto che l'ordinamento giuridico si preoccupi anzitutto degl' interessi di chi si è fatto avanti prima degli altri, degli interessi del debitore e dell'interesse pubblico, tutti convergenti nel richiedere una energica e sollecita realizzazione del diritto. La procedura esecutiva *ordinaria*, nel diritto germanico e austriaco, applicabile appunto nel caso normale di *equilibrio* patrimoniale o *solvenza*, è, perciò essenzialmente, una procedura esecutiva *speciale* e *individuale*, o, come altri si esprime, *a base di esclusione* (1), vale a dire è una procedura, che comprende *singoli beni* del debitore, e non tutto il patrimonio (*speciale*), e condotta a favore del *solo cre-*

---

(1) Sui vantaggi della esecuzione speciale a base di esclusione v. principalmente MENGER, *Beiträge zur Lehre von der Execution*, pag. 479-481; MENESTRINA, *L'accessione*, pag. 27-28; SCHMIDT, *Lehrb.*, pag. 932. Tali vantaggi secondo l'esposizione del MENGER sarebbero: 1° L'esecuzione a base di esclusione risponde meglio alla natura dei diritti che si tratta di realizzare, i quali sono diritti privati: ma il diritto privato è il campo dove dominano gli scopi individuali, e nel quale perciò è logico che anche gli atti processuali profittino solo a colui che agisce; 2° l'esecuzione a base di esclusione risponde al bene inteso interesse dei creditori, perchè essa assicura almeno il completo soddisfacimento al creditore diligente, mentre l'esecuzione a base di inclusione non l'assicura a nessuno; 3° l'esecuzione a base di esclusione risponde anche all'interesse del debitore, perchè il creditore, assicurato il soddisfacimento del suo credito, non avrà interesse a procedere rapidamente agli atti di espropriazione, come accade nel sistema di esecuzione a base di inclusione, nel quale ognuno vuol far presto per escludere gli altri; 4° infine l'esecuzione a base di esclusione risponde all'interesse dello Stato, perchè rende più semplice, più breve e meno costosa la procedura. Di questi argomenti, come bene osserva il MENESTRINA, pag. 28, taluni sono buoni e taluni no. In sostanza, come è detto nel testo, si deve distinguere tra il caso normale o il caso di solvenza, e il caso di insolvenza. Nel caso di solvenza certo l'esecuzione speciale a base di esclusione è preferibile: 1° perchè limita la procedura a quanto è necessario per il pagamento del creditore instante, mentre nella esecuzione a base di inclusione occorre allargarla a tutti i beni necessari per pagare non solo il creditore instante, ma tutti gli altri creditori che potrebbero farsi innanzi; il creditore instante è interessato a comprendere quanti più beni può nell'esecuzione, per mettersi al coperto da ogni eventualità; 2° perchè rende spedita, semplice e meno costosa la procedura, favorendo così il credito personale.

ditore procedente, con esclusione degli altri creditori (*individuale*) (1). L'esclusione degli altri creditori è ottenuta applicando al creditore procedente il principio: *prior in tempore, potior in iure*, in virtù del quale al suo diritto di pegno generale, in quanto viene esercitato giudizialmente su singoli beni del debitore, è connesso un diritto di *preferenza*, che lo trasforma in una *specie di pegno speciale esecutivo* (*Pfändungspfandrecht*) (2). Appunto perchè l'ordinaria pro-

---

(1) Il MENGER, *Beiträge zur Lehre von der Execution*, pag. 415-418, distingue quattro tipi di esecuzione, o, per essere più esatti, di espropriazione (giacchè non si deve dimenticare che siamo sempre nel campo della esecuzione *per via di espropriazione*). Le forme di espropriazione possono essere infatti diverse quanto all'*oggetto* e quanto ai *soggetti*. Quanto all'*oggetto* può l'espropriazione comprendere *tutto il patrimonio* del debitore, considerato come unità destinata al soddisfacimento dei creditori; oppure *singole parti* del patrimonio: nel primo caso si ha il sistema dell'esecuzione (espropriazione) *illimitata* o *generale*; nel secondo il sistema della esecuzione (espropriazione) *limitata* o *speciale*. Quanto ai *soggetti*, può l'esecuzione essere condotta a vantaggio di *tutti i creditori* (creditoria, massa), oppure a vantaggio *del solo creditore procedente*; nel primo caso, si ha l'esecuzione *universale* o a *base di inclusione*; nel secondo l'esecuzione *individuale* o a *base di esclusione*. Combinandosi questi diversi criteri si hanno quattro forme di esecuzione per via di espropriazione, tutte e quattro conosciute nella storia e nel diritto comparato. Si ha quindi: *a)* una esecuzione (espropriazione) *generale* e *universale* [*o a base di inclusione*] (il procedimento di concorso dei diritti germanici, la procedura di fallimento dei diritti latini); *b)* una esecuzione (espropriazione) *generale* e *individuale* [*o a base di esclusione*] (l'esecuzione inglese in base al *Writ of fieri facias*: v. MENGER, *Beiträge*, pag. 442 e segg.); *c)* una esecuzione (espropriazione) *speciale* e *universale* (la ordinaria procedura di espropriazione dei diritti latini); *d)* una esecuzione (espropriazione) *speciale* e *individuale* (la ordinaria procedura di espropriazione dei diritti germanici).

(2) Sui vari modi con cui si può ottenere l'esclusione v. MENGER, *Beiträge*, pag. 416-417, 467-469, che ne enumera tre: esclusione dei creditori susseguenti *dal processo*; attribuzione al creditore instante della *proprietà* degli oggetti dell'esecuzione: attribuzione al creditore instante di un *diritto di pegno speciale*. Circa la natura del così detto *Pfändungspfandrecht* si deve notare che, in sè, secondo la esplicita disposizione del § 804 del Regol. proc. germ., il pignoramento produce gli effetti di un pegno speciale solo nei riguardi del creditore pignorante con gli altri creditori: " Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an das Gepfändeten Gegenstande. Das Pfandrecht gewährt dem Glaubiger *im Verhältniss zu anderen Gläbigern* dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht; es geht Pfand-und Vorzugsrechten vor, welche für den Fall eines Konkurses den Faustpfandrechten gleichgestellt sind ". In verità questa forma di *pignus in causa iudicati captum*

cedura esecutiva, in Germania e in Austria, è preordinata per il caso della *solvenza*, essa si presenta come avente per oggetto *singoli beni* del debitore, vale a dire ciò che è necessario e sufficiente per il soddisfacimento del creditore. Ma quel presupposto conduce altresì a fare al creditore procedente una situazione privilegiata,

---

non aggiunge al pegno generale spettante a ciascun creditore che il diritto di essere soddisfatto con preferenza, ottenendosi così un risultato pratico *analogo* a quello di un pegno speciale. *Analogo* ma non *identico*, come si rileva assai bene dallo stesso tenore del § 804. Il diritto di pegno *speciale* crea un vero diritto reale sulla cosa individualmente determinata: il *Pfändengspfandrecht* risulta invece dalla combinatoria del diritto di pegno generale (che colpisce la cosa solo come *elemento* del patrimonio) e del privilegio; manca dunque ancora, per aversi un vero diritto di pegno speciale, il diritto reale sulla cosa *individualmente* determinata. Così si spiega come il creditore pignorante non abbia diritto al possesso della cosa, e sopratutto come non possa solo in base al titolo esecutivo contro il debitore, perseguire la cosa presso i terzi possessori; v. Gaupp-Stein, *Civilprozessordnung*, 7-8, II, pag. 459 in princ. e 554 *sub* 2 e anche Bunsen, *Zwangsvollstreckung*, pag. 150. Si risolve così il problema assai discusso, se il *Pfändungspfandrecht* sia un vero diritto di pegno (v. Riehl, *Die materiellrechtliche Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts*, Berlin, 1888; Muller, *Die Voraussetzungen des Pfändungsfandrechts*, 1907). Il pegno esecutivo è pegno, in quanto è manifestazione del diritto di pegno generale: non è perciò un diritto di pegno *speciale*; sebbene porti con sè, come il diritto di pegno speciale, un diritto di preferenza. Lo stesso è a dirsi della legislazione austriaca, in questo punto identica alla germanica (Reg. es. austr., §§ 256, 294, 325). Del resto non si deve dimenticare un altro elemento, che concorre anche qui, come nel pignoramento nostro: vale a dire il *sequestro*. Si tratta perciò di una figura complessa, risultante dal pegno (generale), dal diritto di prelazione e dal sequestro. La distinzione tra pegno generale e pegno speciale non è fatta dalla dottrina tedesca, che si limita, nella sua maggioranza, a considerare il *Pfändungspfandrecht* come un " diritto di pegno „, v. Schmidt, *Lehrb.*, pag. 933 e segg.; Weismann, *Lehrb.*, II, pag. 119 e segg.; Neumann, *Executionsordnung*, pag. 84; Tilsch, *Der Einfluss der Civilprozessgesetze aus das materielle Recht*, Wien, 1901, pag. 110-111: v. tuttavia contro Demelius, *Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischen bürgerlichem Recht*, Wien, 1897, pag. 31 e segg. Con lo stesso criterio si deve risolvere l'altra questione, assai più dibattuta, se la *Beschlagnahme* germanica, che il creditore procedente acquista nella espropriazione immobiliare (legge 24 marzo 1897, §§ 20-23) e il corrispondente *Befriedigungsrecht* austriaco, (Reg. es. austr., § 135) importino pel creditore procedente un diritto di pegno. Sulla dibattuta questione v. lo scritto, già citato, dell'Ohmeyer, *Die juristische Natur des Befriedigungsrechts*, nella " Zeitschrift für des Privat. und öff. Recht des Gegenwart „, XXXII (1905), pag. 373 e segg.

che, mentre agevola e rende più spedita l'esecuzione, non nuoce agli altri creditori, i quali se pure sono posposti riguardo alla cosa prima pignorata, hanno piena possibilità di procedere esecutivamente su altri elementi patrimoniali del debitore, ancora non pignorati (1). Data la solvenza del debitore, l'esecuzione individuale o a base di esclusione può condurre alla realizzazione del credito sopra l'una piuttosto che sopra l'altra parte del patrimonio, ma non impedisce affatto il completo soddisfacimento di tutti i creditori (2).

Diversamente nel caso di *squilibrio economico* o *fallimento*. In questo caso, che viene considerato come del tutto particolare, la legislazione germanica e quella austriaca organizzano una regolamentazione speciale ispirata a un principio affatto opposto. Qui, essendo accertato che il valore pecuniario attuale del patrimonio è insufficiente a coprire tutti i crediti di scadenza attuale, e che perciò la realizzazione del patrimonio si chiuderà inevitabilmente con una perdita per i creditori, considerati nel loro complesso, l'ordinamento giuridico provvede a tutelare efficacemente gl'interessi di tutti i creditori. Alla esecuzione *speciale* e *individuale* o a *base di esclusione*, si sostituisce una esecuzione *generale* e *universale*, o *a base di inclusione* (3), vale a dire una procedura esecutiva che

---

(1) Cfr. Schmidt, *Lehrb.*[2], pag. 931. Del resto, non si deve credere che nella procedura di espropriazione a base di esclusione, i creditori posteriori siano messi in condizione di non poter far valere i loro diritti, sia pure subordinatamente al primo procedente. Lo possono invece benissimo, giacchè anche essi hanno pure diritto, in forza del pegno generale, al prezzo della cosa, sebbene subordinatamente ai creditori anteriori. E i diritti germanici non solo ammettono questi creditori a realizzare il loro diritto subordinato al prezzo della cosa, ma fanno loro una posizione *processualmente* uguale a quella del primo procedente. Ognuno cioè può intervenire nell'esecuzione già avviata, *accedendo* al procedimento pendente. Nel procedimento avviato poi i creditori *acceduti* o *aderenti* assumono tutti la posizione di parte e possono in misura uguale, come dice benissimo il Menestrina, " influenzare l'azione tutelatrice del giudice „. Su questo istituto della *accessione* o *adesione* v. soprattutto il libro più volte citato del Menestrina, *L'accessione nella esecuzione*, Vienna, 1901.

(2) Kohler, *Lehrb.*, pag. 2; *Leitf.*[2], pag. 2.

(3) La differenza tra il *caso di solvenza* e il *caso di insolvenza* è posta chiaramente in luce dallo Schmidt, *Lehrb.*[2], pag. 931-932. V. anche Menger,

abbraccia *tutto il patrimonio* del debitore, ed è condotta a favore di *tutti i creditori*. In questa procedura domina il principio del *soddisfacimento proporzionale*, mediante il quale la perdita è ripartita equamente fra tutti i creditori. Poichè solo nel fallimento si verifica il conflitto fra i vari diritti di pegno concorrenti, e solo nel fallimento si produce una limitazione reciproca che li raggruppa in comunione, solo nel fallimento è necessaria una procedura che, invece di realizzare i singoli diritti di pegno, nell'interesse dei singoli creditori, realizzi il diritto di pegno comune nell'interesse di tutti. In questa esecuzione generale e universale, ampia, comprendente tutto il patrimonio e tutti i creditori, fiancheggiata da un efficace e spedito sistema revocatorio, il diritto di pegno generale di ciascun creditore trova una attuazione pronta ed energica.

Il sistema, è, in sostanza, quello del diritto romano giustinianeo e del diritto comune, nei quali pure, accanto all'esecuzione speciale o individuale, a base di esclusione, per il caso di solvenza, permase l'esecuzione generale e universale, a base di inclusione, per il caso di insolvenza.

35. Il diritto francese e quello italiano partono invece da un altro punto di vista. Alla distinzione tra il caso di equilibrio e il caso di fallimento, sostituiscono l'altra, radicalmente diversa, tra debitori civili e debitori commercianti. Pei debitori civili si organizza una procedura di esecuzione *speciale a base di inclusione*, valevole tanto per i casi di equilibrio quanto per quelli di squilibrio. Solo pei debitori commercianti è fatta la distinzione, e organizzata una speciale procedura *di fallimento* per il caso di insolvenza, restando applicabile per il caso di solvenza, la ordinaria procedura speciale a base di inclusione.

36. La procedura ordinaria, comune ai casi di equilibrio economico e di squilibrio o fallimento, ha, come si è detto, due caratteristiche. 1°) È una esecuzione *speciale*, che comprende cioè, non tutto il patrimonio, ma *singoli beni* del debitore. 2°) È una

---

Beiträge, pag. 440-441; KOHLER, *Lehrb.*, pag. 2; *Leitf.*², pag. 2; SEUFFERT, *Konkursprozessrecht*, pag. 1-2; THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, pag. 201.

esecuzione *universale*, o *a base di inclusione*, che comprende cioè *tutti i creditori*, ed è condotta a *favore di tutti*. Sono combinati così due principi che in sè non armonizzano troppo: la *specialità* dell'elemento patrimoniale realizzato, e la *universalità* dei creditori partecipanti al ricavato. A rigore, perciò, non si può dire esatta l'affermazione, non di rado messa innanzi, che la procedura di espropriazione ordinaria, nel diritto francese e italiano, sia lo svolgimento e l'applicazione del principio enunciato dagli articoli 2092-2093 *Code civil*, 1948, 1948 Cod. civ. it., per cui il debitore risponde delle obbligazioni assunte con tutti i suoi beni, i quali costituiscono la garanzia comune dei suoi creditori (1). Questa regola corrisponde bensì al principio di *inclusione*, ma non già a quello della *specialità*, proprio, anch'esso, della procedura di espropriazione italiana e francese. Il concetto che la garanzia accordata ai creditori investe tutto il patrimonio del debitore, dovrebbe condurre ad una esecuzione che comprendesse tutto il patrimonio, e non singole parti di esso. In realtà la regola che il debitore risponde con *tutto* il patrimonio, e che su tutto il patrimonio, costituente la garanzia *comune* dei creditori, questi hanno *uguale diritto*, riguarda soltanto il caso di squilibrio o fallimento. Finchè il patrimonio è sufficiente, quella regola non ha senso, nè valore; poco importa che al ricavato di un singolo elemento del patrimonio partecipino ugualmente tutti i creditori, quando il patrimonio realizzato in danaro, basta per soddisfare tutti. La regola assume invece un profondo significato in caso di fallimento, nel quale soltanto ha ragion d'essere il principio del soddisfacimento *proporzionale*.

Appare chiara pertanto la contraddizione dell'assumere a base di una esecuzione comune al caso di equilibrio e al caso di fallimento un principio proprio del fallimento soltanto.

37. Nel nostro diritto (su cui portiamo principalmente il nostro esame, come quello che più da vicino ci interessa) la *specialità* della ordinaria procedura di espropriazione risulta anzitutto dalla disposizione dell'art. 583 C. p. c., che rimette all'arbitrio del creditore il pignorare in tutto o in parte i mobili del debitore;

(1) Così Menger, *Beiträge*, pag. 449; Schmidt, *Lehrb.*[2], pag. 932 testo e n. 1.

dell'art. 2076 Cod. civ., che considera come oggetto del procedimento di espropriazione il singolo *immobile* del debitore; dell'articolo 2084 che enumera fra i requisiti del precetto immobiliare l'indicazione dei singoli beni su cui si vuol agire in espropriazione; dell'art. 2078 che autorizza il creditore ad escutere soltanto gli immobili del debitore, e da altre disposizioni ancora (1) da cui si desume il principio che il *creditore è libero di agire su singoli beni del patrimonio del debitore*. Del carattere speciale della espropriazione ordinaria sono in secondo luogo prova le varie disposizioni che regolano il così detto *cumulo di mezzi esecutivi*; l'articolo 567 che permette all'autorità giudiziaria di restringere il procedimento a un solo mezzo esecutivo, quando il cumulo di più mezzi risulti eccessivo; l'art. 584, che permette la riduzione del pignoramento; l'art. 640, per cui, se il prezzo risultante dalla vendita di una parte dei mobili pignorati risulta sufficiente al pagamento del credito dell'instante e degli opponenti, si fa luogo alla cessazione del procedimento di vendita degli altri oggetti pignorati; l'art. 2080 Cod. civ., che vieta al creditore ipotecario di agire sui beni non ipotecati, quando gli ipotecati sono sufficienti, e infine l'art. 2088, che stabilisce la limitazione dell'espropria immobiliare, quando risulti eccessiva. Da tutte queste disposizioni si desume il principio che *l'esecuzione deve comprendere solo i beni occorrenti per la realizzazione dei crediti insinuati* (2).

Ma, abbiamo detto, la nostra procedura di espropriazione, benchè *speciale* quanto all'oggetto, è *universale* quanto ai creditori partecipanti al ricavo: è, in altri termini, una esecuzione *a base di inclusione*. Ciò significa che sul prezzo dei beni soggetti a ciascuna esecuzione parziale si apre un *concorso*, a cui sono ammessi con pari diritti tutti i crediti non muniti di un privilegio di qualunque genere. Si hanno, perciò, tante *parziali procedure di concorso quante sono le espropriazioni avviate* (3).

---

(1) Es.: C. p. c., art. 661.

(2) Sul C. d. " cumulo di mezzi esecutivi „ v. MATTIROLO, *Trattato*[5], V, n. 441 e segg.; MORTARA, *Commentario*, IV, 2, n. 81. Per il diritto francese v. *Code civil*, art. 2206, 2209, 2210, 2211, 2212; GARSONNET et CÉZARD-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*[2], IV, nn. 1487, 1497, 1498.

(3) Cod. proc. civ. art. 619, 637, 646, 651 e seguenti, Cod. civ. art. 2092. V. MORTARA, *Comm.*, IV, 2, nn. 5, 102 e segg. Per il diritto francese *Code de*

Prima di delineare per brevissimi cenni, l'organizzazione di questi concorsi parziali, occorre fare una distinzione, molto delicata, ma molto importante e di solito trascurata. Bisogna cioè distinguere la *partecipazione materiale* al prezzo dei beni espropriati, dalla *partecipazione processuale* alla espropriazione. La prima dipende dalla misura del diritto *materiale* che la legge riconosce ai creditori sui beni soggetti all'espropria: la seconda dipende dalla *posizione* che la legge fa ai creditori *nel processo*. Si tratta di due cose distinte così concettualmente, come praticamente. È infatti possibile che la legge faccia al creditore, riguardo alla partecipazione al prezzo, una posizione subordinata, che giunga eventualmente sino alla esclusione, e lo ponga, invece, processualmente, alla stessa stregua del creditore preferito, dandogli una larga ingerenza nel processo. È il sistema della esecuzione germanica, che è a base di *esclusione*, quanto alla partecipazione al prezzo, e a base di *accessione*, quanto alla partecipazione al processo (1). È, d'altro canto, possibile che ai creditori sia fatta una posizione di uguaglianza, quanto alla partecipazione al prezzo, e una posizione subordinata e puramente passiva quanto alla partecipazione al processo. Questo appunto è il sistema della legislazione italiana.

La quale è, pertanto, tutta incardinata su due principî, apparentemente opposti, ma che, in realtà, stanno fra loro in stretta connessione logica e pratica: il principio di *inclusione*, per ciò che concerne la partecipazione al prezzo dei beni espropriati; il principio di *esclusione*, per ciò che concerne la partecipazione al pro-

---

procédure civile, art. 656 e seguenti; Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité*[2], V, n. 1760: " On procède à l'ordre ou à la contribution, toutes les fois qu'une somme doit être attribuée dans un certain ordre ou au marc le franc à des créanciers, qui ne sont pas d'accord sur les bases de cette attribution. On n'a pas besoin de mettre préalablement le debiteur en faillite ou de constater sa déconfiture: les créanciers hypothécaires auxquels le prix d'un immeuble est dû, n'ont pas à rechercher si les autres biens du debiteur ne suffiraient pas à les désintéresser, et l'article 656 ne prescrit pas de discuter l'ensemble de ces biens avant d'ouvrir une contribution sur le prix de l'un d'entre eux; il suffit que les deniers saisis arrêtés ou le prix des meubles vendus soient inférieurs au montant des oppositions, et il importe peu que le debiteur ait, par ailleurs, de quoi payer tous ses créanciers. V. anche Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, IV, n. 2157; Glasson, *Précis*[2], II, pag. 528 e segg.

(1) V. sopra pag. 94, nota 1.

cesso di espropriazione (1). Il primo dipende da ciò che i diritti di pegno generale dei varî creditori sul patrimonio dell'obbligato rimangono, anche dopo iniziato il processo esecutivo, *di pari grado*, come sono sorti, perchè la priorità nel loro esercizio non importa, come importa nel diritto germanico, una preferenza tra essi: i creditori concorrono al prezzo sulla base dell'uguaglianza, e se il prezzo è insufficiente a coprire tutti i crediti, questi sono soddisfatti in *proporzione* del loro ammontare (per *contributo*). A questo principio è strettamente collegato l'altro della esclusione processuale dei creditori sopravvenuti dopo l'inizio dell'esecuzione. La esecuzione speciale e universale, determinando tanti concorsi parziali quante sono le procedure iniziate, crea, di regola, anche in caso di solvenza, *in ciascuna delle procedure singole* una condizione analoga a quella dovuta all'insolvenza. Crea, cioè, relativamente ai singoli beni compresi nelle procedure singole, un *conflitto* fra i vari diritti di pegno generale, che, fatti valere per il loro intiero ammontare su una parte singola del patrimonio, normalmente, non potranno, su questa parte singola, essere integralmente realizzati. Ciascun concorso parziale è, perciò, normalmente, un concorso di diritti collidenti, e perciò *mutuamente limitantisi*, una situazione giuridica insomma che rispecchia la *comunione* dei diritti di pegno propria dello stato di insolvenza. In queste *comunioni parziali* è dunque ben naturale che l'esercizio del diritto comune avvenga *in comune*, come avviene appunto nella procedura germanica generale e universale in caso di insolvenza, e nella procedura latina di fallimento dei commercianti. Donde la necessità di sostituire all'azione singola dei singoli creditori un'azione collettiva, ossia la necessità di una *rappresentanza processuale* dei creditori concorrenti, di fronte alla quale la situazione processuale dei singoli rappresentati, diventa, logicamente, passiva.

---

(1) Questa distinzione è di solito trascurata dalla dottrina italiana e francese. Anche il Mortara, da cui questa materia è trattata meglio che da ogni altro, scrivendo del " concorso e della surrogazione nella esecuzione forzata " (*Comm.*, IV, 2, n. 101 e segg.), attribuisce promiscuamente al " concorso " ora il significato materiale di concorso o partecipazione alla ripartizione del prezzo (nn. 102, 106), ora il significato processuale di concorso o partecipazione alla procedura (nn. 103, 105, 108, 111).

38. *a*) Il principio di *inclusione* o del *soddisfacimento proporzionale rispetto alla ripartizione del prezzo* è applicato, dal diritto nostro, come dal francese, integralmente, nella procedura di espropriazione dei *beni mobili.*

Le forme processuali, mediante le quali si ottiene la partecipazione al concorso materiale sono:

1° Il *pignoramento*; è l'atto con cui, ad istanza del creditore, si inizia l'esecuzione, e per virtù del quale il creditore stesso assume la figura processuale di creditore procedente, rappresentante dell'intera massa creditoria (v. in sèguito, num. 39): presuppone un titolo esecutivo ed è ben naturale che produca, per sè solo, l'ammissione del creditore o dei creditori (se più sono i creditori pignoranti) al concorso (1).

2° L'*intervento nel giudizio per la dichiarazione del terzo detentore di cose o debitore del debitore*, e presso cui fu eseguito il pignoramento: questo intervento, spontaneo o provocato dalla notificazione del pignoramento (art. 613), importa affermazione del credito ed è pure mezzo per ottenere la partecipazione al concorso (2).

3° L'*opposizione sul prezzo di vendita*: è il mezzo tipico per accedere al concorso; può aver luogo in due modi: o, nel caso dell'art. 598 (quando si sia voluto iniziare il pignoramento su cosa già pignorata) mediante *atto di ricognizione* degli oggetti già pignorati; o, nella forma dell'art. 646, mediante atto di diffida notificato al creditore instante, al debitore, e all'ufficiale incaricato della vendita; la prima forma presuppone il titolo esecutivo, la seconda no (3).

4° L'*intervento nel giudizio per l'assegnazione o ripartizione*

---

(1) Cod. proc. civ. art. 604 ult. cap., 651, 652 princ. V. specialm. Mortara, *Comm.*, IV, 2, n. 102 e 104. Per il diritto francese, *Code de procédure civile*, art. 658; v. Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité*, V, n. 1922; Glasson, *Précis*[2], II, pag. 532-533.

(2) Cod. proc. civ. art. 619, 620: v. Mortara, *Comm.*, IV, 2, n. 102 e 106.

(3) Cod. proc. civ. art. 598, 646, 651, 652. V. Mattirolo, *Trattato*[5], V, nn. 943, 944, 988 e segg.; Mortara, *Comm.*, IV, 2, n. 102. Per il dir. francese *Code de procédure*, art. 609, 660. V. Chauveau et Carré, *Lois de la procédure*, IV, n. 2077 e segg.; Garsonnet et Cézard-Bru, *Traité*[2], IV, n. 1366 e segg.; Glasson, *Précis*[2], II, pag. 182.

delle somme ricavate dalla vendita è una forma di partecipazione tardiva: ammessa solo nel giudizio di primo grado e subordinatamente ai creditori che hanno chiesto tempestivamente l'ammissione al concorso; anche per essa non occorre titolo esecutivo (1).

Fra i creditori ammessi al concorso, che ad esso parteciparono *tempestivamente* (numeri 1, 2 e 3) la distribuzione del prezzo (e in casi speciali l'assegnazione) si fa per *contributo*, vale a dire sulla base del *soddisfacimento proporzionale*, salvi i diritti di privilegio (art. 620, 651). I creditori ammessi *tardivamente* (n. 4), sono posposti e vengono a contributo *tra di loro* (2).

Non con altrettanto rigore è applicato il principio della inclusione nella procedura per la espropriazione dei *beni immobili*. Il principio è veramente in modo solenne proclamato nell'art. 2092 Cod. civ.; e l'art. 715 ult. cap. Cod. proc. civ. richiama espressamente la norma dell'art. 651 che stabilisce il *soddisfacimento proporzionale* (per contributo) dei creditori chirografari sul prezzo ricavato dalla vendita. Ma, quasi a significare la poca importanza pratica che il legislatore attribuisce al principio di inclusione nel procedimento di espropriazione immobiliare, le forme della ammissione al concorso dei creditori chirografari non sono neppur disciplinate (art. 666, n. 4, e 709) e soltanto per via di interpretazione è possibile desumerle dalle norme che concernono le domande di collocazione dei creditori ipotecari. Così si decide che oltre i creditori iscritti di cui parlano gli art. 666 e 709, debbono depositare le domande di collocazione anche i creditori semplicemente chirografari (3).

---

(1) Cod. proc. civ. art. 653. Nella dottrina francese una norma analoga è desunta per via di interpretazione, v. GARSONNET et CÉZARD-BRU, *Traité*[2], V, n. 1927 e 1930.

(2) MATTIROLO, *Trattato*[5], V, nn. 1005, 1006. Cfr. anche GARSONNET et CÉZARD-BRU, *Traité*[2], V, n. 1930.

(3) V. LOMONACO, *Del giudizio di graduazione*, Napoli, 1902, pag. 13; MATTIROLO, *Trattato*[5], VI, n. 693; CUZZERI, *Cod. di procedura civile*, sull'art. 709; CARRÉ et CHAUVEAU, *Lois de la procédure*, V, n. 2549 *bis*; GARSONNET et CÉZARD-BRU, *Traité*[2], V, n. 1827. Non potremmo seguire il MORTARA, *Comment.*, IV, 2, n. 347, nella opinione che i creditori chirografari siano ammessi a concorrere sul prezzo degli immobili, non in quanto possa ad essi riconoscersi un diritto su tali beni, ma solo in quanto all'immobile dopo la vendita è sostituito il prezzo, bene mobiliare. Ecco le parole del MORTARA: " Lo stato di

La forma processuale per l'insinuazione del credito nel concorso è la *domanda di collocazione nel giudizio di graduazione* da farsi, di regola, entro trenta giorni dalla notificazione del bando di vendita (art. 709). È ammessa una domanda di collocazione *tardiva*, ma non dopo iniziata la relazione della causa, col solo effetto dannoso, per i ritardatari, dell'obbligo di addossarsi le spese (articolo 714). Questa norma è scritta per i creditori privilegiati e ipotecari; quanto ai chirografari, sono da ritenere applicabili le disposizioni concernenti l'ammissione al concorso dei creditori chirografari nella espropriazione mobiliare, comprese nel richiamo generico dell'art. 715 ult. cap.

Queste deficienze della legge nel disciplinare il principio del soddisfacimento proporzionale nella espropriazione immobiliare, sono, del resto, giustificate dal fatto che il campo di applicazione del principio stesso nell'esecuzione sui beni immobili, rimane di molto ristretto per effetto di un istituto che viene praticamente a sconvolgere il sistema del Codice: vogliamo dire l'*ipoteca giudiziale*. È noto che, per l'art. 1970 Cod. civ., " ogni sentenza portante condanna al pagamento di una somma, alla consegna di cose mobili, all'adempimento di un'altra obbligazione, la quale possa risolversi nel risarcimento dei danni, produce ipoteca sui beni del debitore a favore di chi l'ha ottenuta ". E per l'art. 1986, " l'ipoteca giudiziale si può iscrivere su qualunque degli immobili appartenente al debitore, ma quanto a quelli che sono da lui acquistati dopo la condanna, la iscrizione non può prendersi se non a

---

graduazione comprende, come dissi, i creditori chirografari, che concorrono per contributo. Essi non avevano alcun diritto reale o garanzia particolare sugli immobili: il loro concorso sul prezzo ha per oggetto questo direttamente, cioè un bene di natura mobiliare ". Questa dottrina parte dal supposto, evidentemente inaccettabile, che gli immobili stiano a garantire i soli crediti forniti di garanzia reale sui medesimi, e che i crediti chirografari non abbiano altra garanzia che la sostanza mobiliare: ciò che è smentito espressamente dagli art. 1948-1949 Cod. civ. Meno ancora potremmo seguire il MORTARA nelle conseguenze che egli deduce da questo principio: doversi nel concorso, dare la preferenza ai *crediti privilegiati sui mobili*. I crediti privilegiati sui mobili, sono, rispetto agli immobili, crediti chirografari; la disposizione dell'art. 1963 Cod. civ. che a taluni di questi crediti privilegiati dà la preferenza sui chirografari significa semplicemente che essi sono privilegiati anche sugli immobili, sebbene in ultimo grado.

misura che essi pervengono al debitore „ (1). Questo istituto, nato in Francia, si ricollega probabilmente da un lato con l'*obligatio bonorum* dell'antico diritto francese, dall'altro col principio germanico del privilegio del primo pignorante. Esso dovette essere, nell'origine sua, una consacrazione e una manifestazione del diritto del creditore sul patrimonio, conseguente alla certezza acquistata dal credito col suo riconoscimento in una sentenza di magistrato. Il diritto del creditore sul patrimonio assunse la forma di una *ipoteca*, col conseguente effetto della *prelazione*, in quanto l'accertamento, che rendeva il diritto di credito esigibile, era considerato virtualmente anche come l'inizio dell'esecuzione, con cui si stabiliva, a favore del primo esecutante, un privilegio, in confronto dei creditori giunti posteriormente (2). Nel diritto moderno, attribuita ad ogni credito, per sè stesso, la virtù di creare un diritto sul patrimonio, l'ipoteca giudiziale ha oramai per solo fondamento la virtù esecutiva inerente all'accertamento giudiziale. Essa è perciò una vera breccia aperta nel sistema dell'ugual partecipazione dei crediti al ricavato della vendita.

39. *b*) Il principio della *esclusione*, rispetto alla partecipazione *alla procedura*, è applicato, nel nostro diritto, in modo ugualmente rigoroso nella espropriazione mobiliare e nella immobiliare. Esso dipende dalla combinazione di due principî; uno, comune a tutti i sistemi di espropriazione: che per l'economia e la rapidità del processo, *sopra la stessa cosa non può aver luogo che una sola procedura di espropriazione*; e l'altro, proprio dei diritti latini, che in *tale procedura condotta a vantaggio comune dei creditori*, *tutti i creditori debbono partecipare in comune*, ossia, necessariamente, per mezzo di *uno o più rappresentanti*. I creditori sono dunque esclusi *uti singuli* dal processo, appunto perchè vi compaiono *uti universi*. Di qui la regola *che i creditori partecipano al processo di*

---

(1) Cfr. su ciò Menger, *Beiträge*, pag. 457-460.

(2) Sullo svolgimento storico dell'ipoteca giudiziale v. Valette, nella " Revue de droit français et étranger „ di Felix, VI (1849), pag. 917 e segg.; Troplong, *Commentaire des privilèges et hypothèques*, Bruxelles, 1844, I, pag. 420 e segg.; Chironi, *Privilegi e ipoteche*, II, pag. 16 e segg.; Mittermaier, nell' " Archiv für die civilistische Praxis „, XXXIX, pag. 134.

espropriazione non " uti singuli ", ma " uti universi ", a mezzo di un loro legale rappresentante (1).

Rimane ora a vedere come sia organizzata dalla legge questa rappresentanza.

Adottando un principio proprio delle esecuzioni *universali*, come è del resto, sebbene *speciale*, quella del diritto nostro, la legge non giunse a una completa organizzazione della rappresentanza: anzi tutto ciò che riguarda questo tema è piuttosto accennato che trattato nel Codice di procedura. Dal quale si possono soltanto desumere le tre regole seguenti:

1° La rappresentanza spetta a uno dei creditori (arg. articolo 575 princ., 604 ult. cap., 610 princ., 613 ult. cap., 619, 662, 663, 668, 674, ecc.).

2° Il criterio della *prevenzione* determina la scelta del creditore, a cui spetta la rappresentanza. È questi il creditore *primo pignorante*, e che perciò si chiama creditore *procedente* (art. 661, arg. art. 575, 662). Solo il pignoramento *già compiuto* determina questa posizione di primo pignorante e perciò procedente (articolo 598, 1° cap.): in conseguenza se un pignoramento sia stato *iniziato*, ad istanza di un creditore, ma non sia stato compiuto, e in questo intervallo si presenta un secondo creditore per il pignoramento, ambedue i creditori sono considerati come procedenti (art. 598 princ.).

3° La rappresentanza vien meno in caso di *negligenza* del creditore procedente: in questo caso può chiunque dei creditori intervenuti nell'espropriazione mobiliare, e degli *iscritti* (cioè dei creditori ipotecari) nella immobiliare, chiedere di essere surrogato al creditore negligente nella rappresentanza (art. 575) (2).

---

(1) Il principio, da cui discende questa rappresentanza, è la regola, sancita negli art. 598 e 661 Cod. proc. civ., che *sugli stessi beni mobili od immobili non è possibile che una sola procedura di espropriazione*. V. MATTIROLO, *Trattato*[5], V, n. 563 e 987; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 35-36. Lo stesso è pel diritto francese (*saisie sur saisie ne vaut*). Cfr. *Code de procédure civile*, art. 611, 680, 719, 720; v. GARSONNET et CÉZARD-BRU, *Traité*[2], IV, n. 1385, V, n. 1709 e segg., 1713 e segg.; CARRÉ et CHAUVEAU, *Lois de la procédure*, V, n. 369.

(2) Sulla rappresentanza del creditore procedente e sulla sua surrogazione v. MATTIROLO, *Trattato*[5], V, n. 563 e segg.; MORTARA, *Comment.*, IV, 2, n. 101

40. Tale per sommi capi, il sistema con cui la legislazione italiana regola il concorso dei diritti dei vari creditori nella procedura di espropriazione, quando il debitore sia un non commerciante. Questo sistema, comune al caso di equilibrio economico e al caso di fallimento deve a questo suo duplice scopo e al suo doppio carattere di esecuzione *speciale* quanto all'oggetto; *universale* quanto ai creditori partecipanti, la maggior parte dei difetti, che lo rendono a un tempo insufficiente e complicato, e in ogni caso inadatto a provvedere alle esigenze delle due situazioni così differenti, a cui deve servire (1).

Come procedura esecutiva in *caso di solvenza*, il sistema latino è difettoso sotto più di un aspetto. Ecco infatti: 1° organizza tutta una pesante procedura universale, dove sarebbe sufficiente una snella forma di procedura singolare; donde perdita di tempo e spreco di attività processuale; 2° ammettendo tutti i creditori a concorrere con uguali diritti su ogni singola parte del patrimonio crea, rispetto ai singoli beni, su cui cadono le esecuzioni parziali, uno stato artificiale di relativa insufficienza; 3° obbliga ogni creditore a moltiplicare le procedure e a comprendere in ciascuna quanti più beni è possibile, per assicurarsi il soddisfacimento integrale, anche in caso di concorso di altri creditori; 4° organizza i creditori in comunione anche dove non ve ne sarebbe bisogno, perchè ne manca il sostrato di diritto materiale, e fa ingiustamente al creditore procedente una situazione processuale privilegiata a confronto degli altri creditori, esclusi dal partecipare al

---

e segg.; TIRANTI, *La surrogazione dei creditori nel giudizio di esecuzione forzata immobiliare*, Pisa, 1894; i commentari di BORSARI e CUZZERI sull'art. 575; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 36 e segg.; *Code de procédure*, art. 721-725; CARRÈ et CHAUVEAU, V, n. 2427 e segg.; GARSONNET et CÉZARD-BRU, *Traité*[2], V, numero 1713 e segg.; GLASSON, *Précis*[2]. II, pag. 333 e segg.

(1) Questo duplice carattere e questo duplice scopo della ordinaria procedura di esecuzione per via di espropriazione è invece qualche volta dimenticato dalla dottrina, che invece considera l'insolvenza come l'ipotesi normale: v. MATTIROLO, *Tratt.*[5], n. 986: " Gli inconvenienti, infine, che derivano dalla abolizione del privilegio del pignorante, sono assai minori di quelli prodotti dalla sua conservazione; perchè, come già osservava il BELLOT, ammessa la preferenza del pignorante, *al primo annunzio, al primo sintomo della non solvenza del debitore*, ciascun creditore si affretta ad agire per suo conto, al fine di procurarsi il privilegio della diligenza ".

processo ed esposti a subire le conseguenze della mala fede o della inettitudine del creditore procedente.

Più gravi ancora sono gli inconvenienti di questa procedura mista di individuale e di collettivo, *in caso di insolvenza o fallimento*. Il difetto fondamentale, da cui deriva la maggior parte di tali inconvenienti, sta nel carattere di procedura *speciale* quanto all'oggetto, che il sistema esecutivo italiano tien fermo rigorosasamente. Di qui deriva in gran parte la *effettiva disuguaglianza* dissimulata sotto le apparenze di un concorso praticamente illusorio. Del concorso manca qui invero il presupposto indispensabile: la scienza legale ed effettiva dell'apertosi procedimento. Questa scienza, che nella procedura collettiva e generale preordinata in caso di fallimento del commerciante è largamente assicurata mediante un esteso sistema di pubblicità data all'apertura del processo (Cod. comm. 912) e mediante l'obbligo fatto al curatore di far conoscere *personalmente*, per lettera raccomandata, a ciascun creditore il termine fissato dal giudice per la dichiarazione dei crediti (Cod. comm., art. 764, 906), nella procedura ordinaria di espropriazione è affidata tutta all'iniziativa individuale e alla diligenza dei creditori, giacchè non è certo a credersi che possa costituire una forma sufficiente di pubblicità la trascrizione del precetto, occorrente nella espropriazione immobiliare. In questa condizione di cose, è ben naturale che i creditori più vicini e più scaltri possano, favoriti dal segreto del procedimento, assicurarsi il pagamento a danno dei più lontani o più fiduciosi. Nè a questo inconveniente si potrebbe ovviare provvedendo a rendere pubblico l'inizio delle procedure *speciali*. Queste procedure si svolgono davanti a giudici diversi, in luoghi diversi, determinati dalla situazione delle cose, su cui cade l'espropriazione (1): ora se il creditore ignora dove si trovino i singoli beni del debitore, gli sarà pur difficile, malgrado la pubblicità, di venire a notizia delle procedure iniziate. In verità, l'inconveniente è insito nella natura stessa

(1) Infatti per l'espropriazione dei beni mobili è competente il *pretore* nella cui giurisdizione si trovano (C. p. c. art. 563, 570): per l'espropriazione dei beni immobili, il *tribunale*, nella cui giurisdizione sono situati i beni (art. 662). È vero che per gli immobili (art. 602) la legge aggiunge che se i beni siano situati in diverse giurisdizioni il giudizio di espropriazione deve istituirsi davanti al tribunale, nella giurisdizione del quale si trovi la parte

delle procedure speciali: solo in una procedura generale, comprendente tutti i beni del debitore, è possibile concentrare la competenza in un unico magistrato, *a priori* determinato; solo in una procedura generale è possibile creare un organo, che si renda attivo nel ricercare i creditori, e dar loro notizia individuale del procedimento iniziato.

Ma la disuguaglianza, che domina nell'esecuzione speciale, è dovuta anche ad altre cause. Principalmente, all'*ipoteca giudiziale*, che assicura al creditore, il quale prima seppe ottenere una sentenza di condanna, una preferenza, che, senza alcuna ragione, altera profondamente la sua condizione giuridica materiale, di fronte agli altri creditori. L'ipoteca giudiziale, come applicazione del principio *prior in tempore potior in iure*, è concepibile in caso di solvenza; come si è veduto più sopra, finchè dura lo stato di equilibrio i diritti di pegno concorrenti sul patrimonio possono essere tutti completamente realizzati; quindi la realizzazione completa di uno di essi, trasformato in diritto di pegno *speciale*, non nuoce alla realizzazione degli altri, e l'ipoteca si risolve, nei rapporti tra il creditore che l'ottenne e gli altri creditori, in un vantaggio puramente processuale (il titolare sarà soddisfatto *nella procedura iniziata e sui beni che ne sono oggetto*: gli altri saranno soddisfatti su altri beni e in altre procedure). Ma, verificatosi il fallimento, la limitazione reciproca che subiscono i varî diritti di pegno, riunisce i creditori in una *comunione*: essi hanno diritto di ottenere sul valore del patrimonio una parte non più *uguale*, ma semplicemente *proporzionale* all'ammontare dei loro crediti. L'ipoteca giudiziale, attribuendo al creditore più sollecito il valore integrale del credito, muta questa condizione di cose e spoglia ingiustamente gli altri creditori partecipanti alla comunione.

In realtà, la procedura di esecuzione speciale, come è organizzata presso di noi, ha sul diritto materiale un'influenza esorbitante: lungi dal realizzare il diritto come è, essa lo *trasforma*; dove la

maggiore, avuto riguardo all'importare del tributo diretto verso lo Stato, ma ciò solo per i beni che siano compresi nello stesso precetto. Che se si tratta di esecuzioni iniziate non contemporaneamente, ma successivamente, e perciò con distinti precetti, le procedure si svolgeranno di necessità separatamente e davanti a tribunali diversi.

condizione del diritto materiale richiederebbe una realizzazione sulla base del *soddisfacimento proporzionale*, essa taluni diritti realizza integralmente, altri non realizza affatto, o in misura inferiore a quella loro spettante. Questa deficiente corrispondenza tra diritto materiale e processo, è veramente la maggior condanna del sistema.

Il quale ancora, oltre questo della disuguaglianza, altri difetti possiede e altri inconvenienti produce.

In primo luogo lo spreco di attività processuale e il cumulo eccessivo delle spese, inevitabilmente conseguenti alla moltiplicazione delle procedure.

In secondo luogo la situazione processualmente infelice fatta ai creditori acceduti, esclusi da ogni seria ingerenza nel processo dalla rappresentanza del creditore procedente. La comunione dei diritti di pegno, che si verifica col fallimento, richiede bensì una rappresentanza processuale che unifichi l'azione dei singoli partecipanti, ma non esclude, anzi presuppone un controllo dei rappresentati sull'azione del loro rappresentante. Essa importa perciò una *organizzazione* della comunione, che nella nostra procedura speciale manca affatto, con grave danno dei creditori non procedenti, esclusi da un canto da una diretta partecipazione al processo, e impossibilitati dall'altro a controllare l'azione di chi conduce il processo in loro nome e nel loro interesse.

Infine è da osservare che il sistema delle procedure speciali facilita le frodi dei debitori; s'intende che il patrimonio mobiliare è il campo, dove le sottrazioni e dissimulazioni di attivo sono più agevoli e più frequenti. Messo in guardia da un primo pignoramento, il debitore insolvente non attenderà, di regola, che altre esecuzioni sopravvengano a spogliarlo, pezzo per pezzo, dei suoi beni, e metterà in salvo quanto gli sarà possibile; impresa facilissima davvero in un'epoca, in cui l'enorme sviluppo dei titoli di credito permette di racchiudere una fortuna in un portafoglio. Bene spesso non sarà neppur necessario un pignoramento: l'esecuzione ordinaria va innanzi con sì lenti passi, preannunziata da intimazioni solenni, preceduta da ampi termini dilatori, che basterà l'intimazione del primo precetto per dar l'allarme e insieme il segnale della sottrazione e della dispersione (1).

---

(1) Cfr. le giuste osservazioni del VIVANTE, *Trattato* (Appendice: *Il fallimento civile*), n. 8.

41. I difetti della procedura di espropriazione in caso di fallimento si ripercuotono, di necessità, sulla struttura del *sistema revocatorio*. Trapiantata in un sistema giuridico a base di esecuzione speciale, la revocatoria ne rimane, per dir così, deformata. Il fatto che l'azione si svolge all'infuori di una procedura generale e collettiva ne rende, per ciò solo, più difficile l'esercizio, meno proficui i risultati. L'apertura di un procedimento di esecuzione generale e collettivo presuppone dimostrata la insolvenza del debitore e la perdita pei creditori, importa che l'azione revocatoria sia esercitata in nome e a profitto della massa, cioè di tutti i creditori. Donde: 1° risulta senz'altro provato l'elemento del *danno*, giacchè l'insolvenza del debitore significa *perdita*, e quindi *danno* pei creditori considerati nel loro complesso; 2° risulta provato l'elemento della *frode* nel debitore, per tutti gli atti compiuti dopo verificatasi l'insolvenza, giacchè, essendo oltremodo difficile, per non dire impossibile, che un debitore insolvente ignori la propria insolvenza, la coscienza dell'insolvenza equivale a coscienza del danno conseguente agli atti di diminuzione del valore del patrimonio; 3° risulta stabilito ancora il *nesso causale* tra l'atto di diminuzione del patrimonio compiuto dopo verificatasi l'insolvenza, e il danno dei creditori, giacchè è certo che ogni atto che diminuisce il patrimonio di un insolvente aggrava l'insolvenza, ed aumenta il danno dei creditori; 4° è agevolata la prova della *frode* del terzo, perchè, stabilita la conoscenza da parte del terzo dello stato di insolvenza del debitore, è anche stabilita la sua coscienza del danno che consegue ai creditori dalla diminuzione del patrimonio; 5° la revoca, ottenuta, profitta senz'altro a tutti i creditori. Tutto ciò non si verifica invece quando la revocatoria si inquadra in un sistema di esecuzione speciale. Manca qui una constatazione generale dell'insolvenza: l'azione è esercitata dal creditore singolo e profitta a lui solo. Tocca perciò a ogni singolo creditore, in ogni singolo giudizio, dimostrare volta per volta l'esistenza di tutti gli elementi della revoca; *atto* da cui deriva una diminuzione del patrimonio; *danno individuale* (e perciò non soltanto la insolvenza del debitore, ma l'anteriorità del credito all'atto che provocò o aggravò l'insolvenza); *nesso causale* tra l'atto di diminuzione e il danno; *frode* nel debitore; *frode* o *arricchimento* del terzo. In sostanza l'azione revocatoria riesce così difficile e pesante, da doverne concludere che, in pratica, le illegittime diminuzioni di pa-

trimonio dei debitori civili, rimangono, il più delle volte, senza sanzione (1).

42. Completa e veramente efficace è, nel diritto nostro (come, del resto, nel diritto francese), solo la disciplina giuridica del fallimento del commerciante.

I due particolari atteggiamenti del diritto di pegno generale nel fallimento, e le due situazioni giuridiche che ne derivano: *la illegittimità degli atti di diminuzione del patrimonio*; la *comunione dei diritti di pegno concorrenti*, trovano qui tutto un sistema di sanzioni precise e rigorose, una regolamentazione giuridica, materiale e processuale, compiuta e conseguente.

A) La comunione dei diritti di pegno generale concorrenti è il principio fondamentale che domina tutta la disciplina giuridica del fallimento del commerciante. Accertata l'esistenza del fallimento, e stabilita così la nascita di questa *communio incidens* tra i creditori, la legge provvede a regolare le conseguenze di diritto materiale e processuale dello stato di comunione.

a) Le principali conseguenze di *diritto materiale* della stabilita comunione sono due: 1° Anzitutto la *trasformazione* del diritto di pegno spettante a ciascun creditore sul patrimonio: il diritto di ciascun creditore ad una parte del valore del patrimonio *uguale* al valore pecuniario della prestazione, si trasforma nel diritto ad una parte del valore del patrimonio semplicemente *proporzionale* al valore della prestazione. Ciò non significa, come si suol dire assai di frequente, che il *diritto di credito* si trasformi in un diritto al *dividendo*: il diritto di credito rimane intatto; soltanto il diritto di pegno *sui beni* costituenti *attualmente* il patrimonio dell'obbligato, venendo in conflitto, per l'insufficienza dei beni stessi, con gli altri pari diritti di pegno degli altri creditori, rimane limitato *nel suo esercizio*. Ma, realizzato il diritto di pegno nella misura che la capacità dei beni consente, il credito non rimane totalmente estinto; esso sopravvive per il residuo, e se il debitore acquista altri beni, il diritto di pegno che l'accompagna, trovando di nuovo un oggetto su cui esercitarsi, riprende tutto il

(1) Sugli inconvenienti della disciplina del fallimento del non commerciante nel nostro diritto positivo torneremo in seguito. V. Titolo III, cap. I.

suo valore pratico; 2° L'*organizzazione della comunione* è il secondo effetto del suo accertamento. Si tratta di una comunione, i cui partecipanti sono numerosi, dispersi, lontani, e reciprocamente, di regola, neppur conosciuti. La sua organizzazione, dunque, merita tutta la sollecitudine della legge, la quale vi provvede, determinando quali debbano esserne gli organi rappresentativi e deliberativi, e quale il modo della loro costituzione.

A queste conseguenze *principali* della comunione occorre aggiungerne altre secondarie; la trasformazione del diritto al soddisfacimento integrale sul patrimonio nel diritto al soddisfacimento proporzionale, si ripercuote anche sotto altri aspetti sui rapporti del fallito coi suoi creditori; così influisce sul diritto del creditore del fallito, che sia anche suo debitore, di opporre la compensazione; influisce sulla condizione del creditore verso cui il fallito si sia obbligato solidalmente con altri; influisce sulla condizione del creditore tenuto alla sua volta ad una prestazione verso il fallito dipendente dallo stesso contratto bilaterale. Sono tutte queste, ed altre ancora, conseguenze della mutata condizione del creditore, che la legge, più o meno esplicitamente, più o meno completamente prende in considerazione e regola secondo la speciale natura del rapporto.

b) Le conseguenze di *diritto processuale* della stabilitasi comunione si raggruppano intorno a questo principio: *il processo non è più realizzazione dei singoli diritti di pegno, ma del diritto di pegno comune.* Quindi l'esecuzione forzata per via di espropriazione ha per oggetto *tutto* il patrimonio del debitore, è, cioè, una esecuzione *generale*; ed ha per iscopo il *soddisfacimento proporzionale* di tutti i creditori; è, cioè, una esecuzione *universale* o a base di inclusione. È questo il principio animatore del processo di fallimento, ma altre conseguenze processuali importanti derivano ancora dalla esistenza della comunione. La principale è il carattere di *officiosità* che predomina nel procedimento; specialmente nell'inizio del medesimo; carattere ben giustificato quando si pensi che il processo è condotto a favore di una pluralità di interessati, lontani, residenti in luoghi diversi, ignoti l'uno all'altro e quindi nella impossibilità di accordarsi per un'azione comune, ignari bene spesso delle condizioni del debitore comune. Alle stesse condizioni di fatto si ricollega ancora un'altra particolarità del processo di fallimento: il quale è un processo esecutivo che si inizia *senza*

titolo esecutivo: non occorre infatti un titolo esecutivo, quando il procedimento si inizia *d'ufficio* a vantaggio di una collettività di persone non ancora individualmente determinate.

Come la particolare situazione di diritto materiale, in cui si trovano i creditori dopo il fallimento del debitore, determina la natura e le forme del processo, così, alla sua volta, il processo reagisce sui rapporti di diritto materiale, sia dei creditori di fronte al debitore, e ai terzi che sono venuti in rapporto col debitore, sia del debitore stesso coi terzi. Così il pignoramento generale con cui si inizia la espropriazione generale, in quanto contiene un sequestro generale dei beni, importa che, di fronte ai creditori, siano nulli gli atti di disposizione del patrimonio compiuti dal debitore dopo il pignoramento. Così il pignoramento generale, in quanto inizia l'espropriazione e perciò la liquidazione del patrimonio, dà luogo a una serie di conseguenze giuridiche importanti: sospensione del corso degli interessi, scadenza dei crediti a termine, liquidazione immediata dei pegni, scioglimento di taluni contratti e via dicendo. Conseguenze tutte riconosciute e, più o meno perfettamente regolate, dal Codice di commercio.

B) La *illegittimità degli atti di diminuzione del patrimonio compiuti prima dell'inizio del processo* trova nel sistema revocatorio organizzato dalla legge una efficace sanzione. Le agevolezze di prova derivanti già dallo accertato stato di fallimento, sono dalla legge rafforzate ed aumentate; là dove lo stato di fallimento darebbe luogo a una presunzione *hominis*, la legge eleva addirittura una presunzione *iuris* (così per l'elemento della frode del debitore negli atti onerosi; e anche per l'elemento della frode del terzo, concorrendo talune circostanze: Cod. di comm., art. 709). In taluni casi tutti gli elementi della revoca sono presunti *iuris et de iure* e l'atto è dichiarato senz'altro nullo (art. 707, n. 1 e 2). Sempre poi, e anche pei periodi anteriori allo stato di fallimento accertato, l'azione revocatoria, inquadrata in un sistema di esecuzione generale, riesce di esercizio più facile e più proficuo; concessa, come è, alla collettività dei creditori, essa profitta altresì a tutti (articolo 708).

Non parliamo poi degli atti di diminuzione del patrimonio compiuti *dopo l'apertura* del processo, pei quali l'azione revocatoria è assorbita dall'azione di nullità derivante da ciò che ogni atto di disposizione del debitore sulle cose soggette al pignoramento deve

ritenersi invalido perchè compiuto da chi non aveva il pieno potere di disporre della cosa (art. 707 princ.).

43. In tal modo tutta la disciplina giuridica del fallimento si raggruppa intorno ai due principî fondamentali: la *comunione dei diritti di pegno concorrenti*, con tutti i suoi svariati effetti di diritto materiale e processuale, primo, fra questi ultimi, la esecuzione generale e universale; e l'*illegittimità degli atti di diminuzione del patrimonio*. Sono, ambedue questi principî, conseguenza del diverso atteggiamento che il diritto generale di pegno spettante a ciascun creditore assume nel fallimento del debitore. E perciò il principio ultimo, a cui la complessa disciplina del fallimento può ricondursi, è appunto quel diritto del creditore sul patrimonio, che gli art. 1948-1949 riconoscono, e di cui noi abbiamo tentato di delineare la natura e gli effetti.

CAPITOLO III.

Il fallimento dal punto di vista del diritto penale.

Sommario: 44. Particolarità della disciplina del fallimento dal punto di vista del diritto penale. — 45. La responsabilità penale per danno obbiettivo e le incapacità conseguenti *ipso iure* al fallimento. — 46. La bancarotta e la quasi bancarotta. Carattere di questi reati: varie costruzioni. — 47. Nostra opinione.

44. Dal punto di vista del diritto penale, la disciplina giuridica del fallimento presenta una serie di singolarità tali, da render questo capitolo della scienza del diritto penale tra i più difficili ed oscuri.

Che il fallimento sia un fenomeno, il quale interessa non solo la economia individuale, ma tutta l'economia pubblica, abbiamo veduto. Producendo un perturbamento del credito pubblico e una dispersione di capitali, il fallimento rappresenta un danno per la economia generale. Abbiamo dunque, nel fallimento, uno degli elementi del reato: il *danno*: il quale, in questo caso, non è solo danno individuale (dei creditori) ma anche danno pubblico, cioè restrizione o sacrificio di un interesse generale.

Ma ciò, evidentemente, alla stregua dei principî generali del diritto penale positivo, non è sufficiente perchè possa il fallimento, di per sè, essere considerato come un reato, cioè come un *fatto vietato sotto una sanzione penale*. Non ogni fatto dannoso ha in sè la capacità di dar luogo a una responsabilità penale, ma solo quel fatto, produttore di danno individuale o sociale, che possa farsi risalire, per un nesso di causalità diretta o indiretta, alla

volontà umana. Il reato è, anzitutto, un fatto *dell'uomo* o, meglio, un *atto*; i fatti, che sono il prodotto di altre forze che non la volontà umana, in nessun caso possono dar luogo a responsabilità penale (1). In altri termini, è inammissibile, per diritto moderno, una responsabilità *penale* per danno *obiettivo*. Questi principî escludono che il fallimento, per sè, possa dar luogo alla applicazione di sanzioni penali; da essi deriva logicamente la conseguenza che l'irrogazione di una pena in sèguito al fallimento presuppone sempre un *fatto umano volontario, da cui il fallimento sia stato, direttamente o indirettamente, totalmente o parzialmente, causato.*

Orbene, l'esame delle norme di diritto penale nel fallimento dimostra che il principio generale; *nessuna responsabilità penale senza un fatto umano volontario*, riceve, in materia di fallimento, una serie di deroghe, che, non avvertite dagli interpreti, hanno reso finora impossibile una ricostruzione organica di questa parte del diritto penale. Vedremo in sèguito, quali fattori storici abbiano determinato questa concezione legislativa; cerchiamo ora, per adempiere al còmpito che ci siamo prefissi in questo studio introduttivo, di coglierne solo il pensiero dominante.

45. Già sotto il punto di vista di una responsabilità penale per danno obbiettivo può essere considerata tutta la serie di de-

---

(1) Questo principio risulta, del resto, testualmente dalla legge positiva. Per l'art. 1 del Cod. pen. " nessuno può essere punito per un *fatto*, che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge „ e per l'art. 45 " nessuno può essere punito per un delitto, *se non abbia voluto il fatto* che lo costituisce, tranne che la legge lo ponga altrimenti a suo carico, *come conseguenza della sua azione od omissione*. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde *della propria azione od omissione*, ancorchè non si dimostri che egli abbia voluto commettere un *fatto* contrario alla legge „. E a questo concetto rispondono le definizioni che i penalisti dànno del reato, le quali tutte mettono il rilievo che esso è, anzitutto, un *atto* o *azione umana*, ossia un *fatto volontario dell'uomo*. V. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18ª ed., Berlin, 1908, p. 113 sub *a)* (" Das Verbrechen eis stets menschliche Handlung, d. h. die willkurliche Verursachung oder nichthinderung einer Veränderung in der Aussenwelt. Niemals genügen Zufällige von menschlichen Willkür unabhaugige Treugnisse „); Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Tubingen, 1905, 3ª ed., pag. 28; Janka, *Oesterreichiches Strafrecht*, 4ª ed., Wien, 1902, pag. 44; Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, Berlin, 1904, § 53 e segg. Tra i francesi, Garraud, *Traité de droit pénal français*, 2ª ed., I, Paris, 1898, pag. 164-165.

cadenze e di incapacità che colpiscono il debitore fallito, non appena giudizialmente accertato lo stato di fallimento (1). Una vera *capitis deminutio* colpisce il fallito così nel diritto italiano e francese, come nel diritto germanico e austriaco, la quale importando la restrizione di una quantità di diritti civili e specialmente di diritti onorifici, non può non essere considerata come una vera pena (2). L'applicazione di questa pena segue immediatamente l'accertamento della insolvenza, è un effetto indeclinabile del fallimento dichiarato. L'indagine sulle cause del fallimento non è punto rilevante, anzi è affatto esclusa; può il fallimento essere effetto della condotta del debitore o di un terzo, o provenire da cause fortuite non imputabili ad alcuno, il debitore viene colpito egualmente dalla *capitis deminutio*. Non solo, ma, logicamente, si prescinde per la applicazione di questa pena, da qualunque pronuncia speciale del giudice; una condanna non è necessaria; essa è insita nella stessa sentenza che dichiara il fallimento (3).

---

(1) Sulle decadenze e incapacità che si ricollegano alla dichiarazione di fallimento, v. specialm. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 255 e segg.; e più di recente PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes*, I, pag. 118 e segg. Pel diritto tedesco: HELLMANN, *Lehrb. des Konkursrechts*, pag. 296.

(2) Questo è specialmente vero pei paesi, come l'Italia e la Francia, che fanno sopravvivere le decadenze ed incapacità alla fine del procedimento. Il THALLER, *Faill.*, I, pag. 315, ravvisa in queste incapacità non tanto una *pena*, quanto un *mezzo esecutivo*, e precisamente una coazione al pagamento integrale dei creditori. Ma noi crediamo precisamente che in queste incapacità sia prevalente il carattere di pena, come lo dimostra, in diritto nostro, il fatto che vengono meno non solo col pagamento integrale ma anche, se il tribunale ritenga il fallito meritevole, col *concordato* (art. 839): e in diritto francese la disposizione della recente legge 30 dicembre 1903 (modificata con leggi successive del 31 marzo 1906 e 23 marzo 1908) la quale ammette la cessazione della incapacità (*riabilitazione*) di diritto, dopo *dieci anni* dalla chiusura del fallimento, e subordinatamente a una pronuncia del giudice, *cinque anni* dopo l'esecuzione del concordato. V. PERCEROU, *Faill.*, I, pag. 120; THALLER, *Traité élém.*, 4ª ed., pag. 851. Del resto lo stesso THALLER, *Faill.*, pag. 315, riconosce che la sua tesi è insostenibile in un sistema che ammette la possibilità della riabilitazione in sèguito a concordato. E più di recente riconosce la giustezza del nostro punto di vista: " La loi poursuit un but preventif: la faillite redoutée met un frein aux spéculations „. È questo appunto lo scopo di prevenzione generale, essenziale e caratteristico della pena.

(3) Cod. di comm., art. 691 e 697.

46. Ma dove il principio della responsabilità penale per danno obbiettivo trova una applicazione meno genuina, è vero, ma più importante per la natura e la gravità delle pene, è il campo della così detta " bancarotta „ e " quasi bancarotta „.

Se si scorrono le disposizioni del nostro Codice di commercio sui " reati in materia di fallimento „ (come del resto anche le corrispondenti disposizioni del Codice francese e delle leggi germaniche), è facile rilevare, a prima vista, una singolare particolarità di questi reati. La nascita del rapporto di diritto penale, e la conseguente applicazione della pena, è, in tutti questi casi, ricollegata alla coesistenza di due fatti; il *fallimento*, da un lato: e dall'altro un *fatto del debitore o di un terzo, antecedente o anche susseguente* all'accertamento giudiziale del fallimento (*fatto o caso di bancarotta*). Questo fatto, che unito al fallimento, dà luogo alla irrogazione della pena, può essere dei più svariati. Talora si tratta di *atti singoli positivi o negativi del debitore* (Cod. comm. art. 856, n. 2, 3, 4, 5; 857, n. 1, 2, 3, 4, 5; 860) o di *terzi* (art. 862, 863, n. 1, 2, 3 e 4; 864 primo, 865, 866); talora di un *complesso di atti continuativi*, di tutta la *condotta del debitore* (art. 856, n. 1) o di un *terzo* (art. 864, capoverso): talora semplicemente nel fatto dell'*esercizio di una professione* da parte del debitore (art. 858). Data la *coesistenza* di questi due fatti: il fallimento ed il caso di bancarotta, sorge il rapporto di diritto penale.

Questo il sistema della legge. Del quale si sono tentate varie spiegazioni (1):

a) La spiegazione più naturale e anche più logica è quella che considera come fatto giuridico generatore di responsabilità penale, ossia come *reato, il fatto di bancarotta, in quanto abbia prodotto o aggravato il fallimento*. Il fatto di bancarotta sarebbe punito, perchè è stato causa, totale o anche soltanto parziale, del danno, privato

(1) Nella dottrina, specialmente italiana e francese, manca, di regola, perfino un chiaro concetto del problema: quanto si dice perciò nel testo intorno alle varie dottrine professate in proposito, e la stessa classificazione di esse non ha, nè pretende avere un valore assoluto. Autori che definiscono la bancarotta in modo da farli ritenere seguaci di una certa concezione, spesso l'abbandonano dopo poche righe, di talchè bene spesso diviene disagevole stabilirne il pensiero fondamentale.

e pubblico, inerente al fallimento (1). La costruzione è ingegnosa e riconduce i reati in materia di fallimento ai concetti generali

---

(1) Così il Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, parte speciale, VII, per cui è bancarotta dolosa " qualunque atto col quale il negoziante fallito o in procinto di fallire abbia anche indirettamente simulato un passivo o dissimulato un attivo in danno dei creditori e per fine di lucro proprio od altrui „ (§ 3422) e per bancarotta colposa " qualunque imprudenza o negligenza del negoziante, che a lui facevasi dovere di evitare per la legge e le consuetudini commerciali, e che è stata causa del fallimento „ (§ 3482); il Fulci, *L'intenzione nei singoli reati*, pag. 263. per cui la bancarotta fraudolenta è il fatto del commerciante, il quale occulta tutto o parte del suo patrimonio, per sospendere i suoi pagamenti e non soddisfare i suoi impegni „: l'Alfani, *Bancarotta*, nel " Digesto italiano „, per cui la bancarotta fraudolenta consiste " in speciali atti di frode, consumati dal fallito sull'attivo del fallimento o nel compimento da parte dello stesso di determinati fatti, i quali lasciano presumere la frode medesima „, e la bancarotta semplice " in quelle omissioni di diligenza o violazioni di speciali doveri della legge imposti al commerciante, le quali siano concorse a determinare il fallimento o a renderne più gravi le conseguenze „ (pag. 173); il Carfora, *Del reato di bancarotta*, 2ª ed., Napoli, 1890, il quale, sebbene (pag. 9) definisca la bancarotta come " il fallimento, avvenuto per circostanze, che svestono o tolgono la fiducia nel fallito „, fa poi intendere chiaramente che siano da ritenere reati appunto i *fatti*, che produssero il fallimento, ossia i c. d. fatti di bancarotta: " certamente il fallimento può essere l'effetto di una sventura non voluta, nè potuta prevedere dall'ordinaria prudenza dell'uomo, ed allora il commerciante fallito sarà oggetto di commiserazione e di pietà, ma non sarà al certo causa di danno; ma quando il fallimento sarà l'effetto di colposa imprevidenza, o, quel che è più, effetto del dolo di defraudare appunto i creditori, di quello che loro era dovuto, ovvero, anche essendo effetto di puro infortunio, sarà poi seguito da atti ordinati a trarre dal fatto, per sè stesso innocente, ingiusto lucro a danno altrui, allora da questo atto, mentre da una parte deriva il danno immediato a tutti coloro, che erano in rapporto commerciale col fallito, dall'altro lato deriva il danno mediato, che si manifesta nello allarme che, minorando o distruggendo la fede nei commercianti, tarpa le ali al commercio... Or chi non vede la necessità che colui, il quale produce tali danni debba essere punito, quando si considera che tali atti derivano da colpose negligenze o da animo di trarre ingiusto lucro con altrui danno, *quando si considera cioè che in tali atti si riscontrano tutti gli elementi del reato* „ (pag. 3-4: v. anche pag. 10-11-13). V. in questo senso anche il Longhi, *La bancarotta*, Milano, 1898, per cui costituisce bancarotta " qualsiasi diminuzione del patrimonio del debitore, che dà luogo all'insolvibilità o che l'aggravi „ (pag. 79), " il complesso di tutti quei fatti che si riferiscono all'insolvenza o che l'aggravano „ (pag. 82): cfr. anche pag. 83-84, 96-97, 118-119. Anche nella dottrina francese, sebbene di solito manchi una definizione sin-

del diritto penale. Ma non risponde alla legge. Secondo la legge *non occorre alcun nesso causale tra il fatto o caso di bancarotta e il fallimento.* Un simile nesso causale deve escludersi non tanto perchè è possibile, e in parecchi casi si verifica, che il fatto di bancarotta sia *posteriore* al fallimento (in questi casi si può pensare che il fatto di bancarotta non abbia creato, ma soltanto aggravato il fallimento), quanto perchè in vari di tali casi il nesso causale è escluso dalla natura stessa del fatto di bancarotta; si pensi, per esempio, al caso dell'art. 857, n. 2 (omessa pubblicazione del contratto di matrimonio), dell'art. 857, n. 5 (inadempimento di un precedente concordato), dell'art. 858 (esercizio della professione di mediatore), dell'art. 863 princ. (omissione delle formalità prescritte per la legale costituzione della società). In queste ipotesi non si può neppur pensare a una *presunzione*, sia pure *iuris et de iure*: si esce addirittura fuori del campo delle presunzioni per entrare in quello delle finzioni. E allora tanto vale il dire che il nesso causale tra il fatto di bancarotta e il fallimento è uno strumento, più o meno corretto, di costruzione scientifica, non già, secondo la legge, un elemento del reato (1). Contro questa spiegazione stanno,

---

tetica del reato, si trova qualche volta l'affermazione che il *fatto punibile,* è il fatto di bancarotta, per la relazione vera o supposta che esso ha col fallimento, e non il fallimento. V. per es. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, ed. belge par Béving, Bruxelles, 1853, art. 438, n. 14 (pag. 134): " La faillite est un malheur commercial qui frappe et le débiteur et les créanciers; la loi la traite avec défiance, mais avec pitié. La loi devient justement sévère *lorsque les torts du commerçant ont causé sa faillite; elle flétrit du nom de banqueroute, et atteint par des peines ces torts,* dont la gravité varie, et qui vont de l'imprudence, de la négligence, de l'inconduite, jusqu'au crime "; Thaller, *Des faillites en droit comparé*, 1, pag. 220: " La loi considère come banqueroutier le failli qui s'est rendu coupable de certains agissements spécifiés. La banqueroute est frauduleuse ou simple, frappée de peines criminelles ou correctionnelles, selon le cas. *La soustraction d'actif, la supposition de dettes mensongères, voilà le crime* (art. 591 Cod. comm.). *L'excès commis dans les dépenses personelles ou de maison, ou certains autres faits, impliquant négligence ou manque de sérieux et non mauvaise foi, tel est le délit* (art. 583 et 586). La indeterminatezza e la poca precisione dei concetti, rilevata più sopra (v. nota prec.), giustificano la minuzia di questi riferimenti.

(1) V. Alfani, *Bancarotta*, n. 116; Longhi, *Bancarotta*, pag. 139 e segg.; Noto Sardegna, *I reati in materia di fallimento*, pag. 294 e segg.: Bonelli, *Fallimento*, III, pag. 92-93; Binding, *Lehrbuch*, I, pp. 427-428; Jäger, *Konkursordnung*, § 234, annot. 16, pag. 776-777.

del resto, anche le assurde conseguenze pratiche a cui conduce; tra l'altre, quella di considerare i vari fatti di bancarotta come altrettanti reati distinti, mentre si tratta evidentemente di un solo reato (1).

b) Secondo un'altra spiegazione, il reato è appunto ancora il *fatto di bancarotta*, ma il fallimento non è considerato *conseguenza* o *effetto* di esso: il fallimento funge semplicemente da condizione estrinseca (*conditio iuris*) di *punibilità* del fatto. Un fatto, che non è punito all'infuori del fallimento, diviene reato, quando dopo, o anche prima di esso, vi sia lo stato di fallimento (2). Ma fu giustamente osservato che questa costruzione contraddice a tutto lo svolgimento storico dell'istituto, che deve condurre a considerare come elemento fondamentale proprio il fallimento e non i fatti di bancarotta (3). Sopratutto poi questa spiegazione contraddice alla realtà delle cose; il fallimento è ben più che l'*occasione* per cui il fatto di bancarotta diviene reato; se solo col fallimento si produce il danno individuale e sociale, in ragion del quale il fatto di bancarotta è punito, è chiaro che il fallimento figura non come semplice condizione di possibilità, ma addirittura come *elemento costitutivo* del reato (4).

Del resto non è ben chiaro neppure che debba intendersi in

---

(1) Così Carrara, *Programma*, VII, § 3501; Majno, *Commento al Cod. pen.*, 2ª ed., n. 424; Cuzzeri, *Comm.*, 2ª ed., n. 1154; Carfora, *Bancarotta*, pagina 49-52; Longhi, *Bancarotta*, pag. 86 e segg.; Noto Sardegna, *Dei reati in materia di fallimento*, Palermo, 1906, pag. 429-445; Bonelli, *Comm.*, III, n. 812; e la giurisprudenza citata da questi autori. Per la Germania, Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, pag. 362, n. 3; e *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*; Besonderer Theil, I, 2ª ed., Leipzig, 1902, pag. 440; Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, II, Bonn, 1884-1887, pag. 418; Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pag. 333; Mayer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª ed., Leipzig, 1895, pag. 600-601; Liszt, *Lehrb.* cit.; Schmidt, *Der strafbare Bankbruch in historisch- dogmatischer Entwickelung*, München, 1893, pag. 135 e segg.; Jäger, *Konkursordnung*, § 239, annot. 37, pag. 783 e la giurispr. tedesca citata da questi autori.

(2) Liszt, *Lehrbuch*, pag. 447 e 482; Mayer, *Lehrbuch*, pag. 598.

(3) Neumeyer, *Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankerutts*, München, 1891, pag. 126 e segg.; Schmidt, *Der strafbare Bankbruch* cit., pag. 130.

(4) Jäger, *Korkursordnung*, § 239, annot. 1, pag. 769; Wilmowski, *Deutsche Reichskonkursordnung erläutert*, 6ª ed., 1896, Berlin, pag. 618.

questo caso per " condizione estrinseca „ di punibilità; la formula è così indeterminata, che essa serve più a nascondere la difficoltà che a vincerla. Di qual condizione si tratta? In che rapporto sta questa condizione col reato? Quale elemento del fatto, in sè non punibile, modifica e trasforma in penalmente illecito? Ecco una serie di dubbi che la teoria in esame non risolve (1). Nè si deve dimenticare, in ultimo, che anche questa concezione ha l'inconveniente di rompere l'unità del reato e di considerare ogni fatto di bancarotta come un reato distinto.

c) Tutte queste difficoltà giustificano la terza spiegazione, che assume addirittura come elemento preponderante il *fallimento*, e afferma che il reato, cioè il fatto punibile, è proprio il fallimento: i fatti di bancarotta non sono che *conditio iuris* per la punibilità del fallimento (2). Questa teoria, indubbiamente, risponde meglio

---

(1) Giustamente perciò Binding, *Lehrbuch*², I, pag. 428, nota 2, osserva che la stessa posizione del problema, se il fallimento (manifestatosi mediante la sospensione dei pagamenti o l'apertura del concorso) sia da considerare come " elemento costitutivo del fatto „ oppure come " condizione di punibilità „ non è felice, appunto perchè tanto il significato della espressione " elemento costitutivo del fatto „ quanto quello della espressione " condizione di punibilità „ non è univoco. " Se si identifica l'elemento costitutivo del fatto con l' " elemento costitutivo del reato „ il fallimento ne fa parte indubbiamente. Se si intende per elemento costitutivo del fatto solo l'elemento dell'azione colpevole, *compresa la qualità subiettiva dell'agente*, il fallimento *de lege lata* qualche volta ne fa parte, qualche volta no. Infatti, esso può essere sopravvenuto senza colpa e l'atto di bancarotta può essere compiuto, quando il debitore è già fallito. Quanto poi alla condizione di punibilità, se si pensa ad una circostanza che sta fuori del delitto e del suo subietto, il fallimento qualche volta lo è, e qualche volta no. Essa è condizione preliminare subiettiva dell'esistenza di un atto di bancarotta immediatamente punibile, o condizione subiettiva sopravveniente della punibilità di un atto di bancarotta anteriormente non punibile: nel primo caso elemento costitutivo del fatto sopra indicato, nel secondo invece condizione della punibilità „.

(2) È la teoria del codice francese del 1808: art. 438 (abrogato con la legge 28 marzo 1839): " Tous comerçant failli, qui se trouve dans l'un des cas de faute grave ou de fraude prévus par la présente loi, est en état de banqueroute „. Ciò spiega come la dottrina francese sia in generale propensa a qualificare come reato il fatto stesso del fallimento, *quando sia accompagnato da una delle circostanze indicate dalla legge*, v. così Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, § 3427; Bédarride, *Des faillites et banqueroutes*, n. 1202; Lyon Caen et Renault, *Traité*, VIII, n. 934. Fra gli italiani dànno al *falli-*

delle altre alla tradizione storica; per lungo tempo invero il fallimento fu per sè considerato un reato e per sè solo punito penalmente. Ma essa ha il torto di non tener conto della evoluzione che nei tempi moderni ha profondamente modificato questo concetto, e per cui alla punizione del fallimento *in ogni caso* si è sostituita la determinazione di una *serie di casi* (*fatti di bancarotta*) in cui, in sèguito al fallimento, si fa luogo a responsabilità penale. Questa evoluzione dimostra che, se non è esatto considerare il fallimento come una condizione estrinseca di punibilità del fatto di bancarotta, neppure è esatto considerare il fatto di bancarotta come una condizione estrinseca di punibilità del fallimento. I fatti di bancarotta sono vari, transeunti o permanenti, singoli o complessi, ma hanno tutti questa nota comune: che sono tutti *fatti del fallito o fatti di terzi, i quali hanno riflesso sui beni del fallito.* Tali fatti non si possono dunque dire *a priori estrinseci* al fallimento, ma sono evidentemente col fallimento in qualche relazione. E qui si rivela appunto il difetto che questa dottrina ha comune con la precedente, della *indeterminatezza.*

Essa ci dice che i così detti " fatti di bancarotta " devono accompagnare il fallimento, sono *condizioni* per la punibilità del fallimento, ma non ci dice se siano e in quel rapporto siano col fallimento. Resta anche qui senza spiegazione la singolarità di un reato che consta di due elementi: un fatto in sè non volontario: il fallimento, e un fatto volontario: il caso di bancarotta, di cui l'uno è del tutto indipendente dall'altro (1).

---

mento una importanza preponderante nella concezione del reato specialmente: Noto Sardegna, *I reati in materia di fallimento*, pag. 38-39, 294-295, e soprattutti Bonelli, *Fallimento*, III, n. 811, " si punisce il fallimento in quanto è accompagnato da taluno di quei fatti, non si puniscono quei fatti, in quanto si accompagnano al fallimento ", v. anche n. 812 e 815. Nella dottrina tedesca, v. in questo senso: Jäger, *Konkursordnung*, § 239, annot. 1, pag. 770 " Wohl aber stellt die Zahlungseinstellung (Konkurseröffnung) ein Merkmal der deliktischen Handlung oder vielmehr dies selbst dar "; Sarwey-Bossert, *Die Konkursordnung für das deutsche Reich*, 3ª ed., Berlin, 1896, § 239, n. 1, pag. 881.

(1) Quanto si dice nel testo vale anche contro l'opinione, che in Germania ha per sè, oltre qualche scrittore, anche la giurisprudenza del Reichsgericht (e che è, in realtà, una modificazione di quella più sopra esposta e combattuta), secondo cui fallimento e fatto di bancarotta, concorrono come elementi

47. Vediamo dunque se sia possibile una ricostruzione, che armonizzi la tradizione storica col testo della legge positiva e i principi generali del diritto penale.

Indubbiamente, il sistema vigente, non solo in Italia, ma anche all'estero, intorno alla disciplina giuridica del fallimento dal punto di vista penale, rappresenta una transizione tra il sistema della responsabilità penale per *danno obbiettivo* dell'antico diritto del fallimento, e quello della responsabilità per *danno colpevole*, dell'odierno diritto penale comune. Il fulcro di questo sistema intermedio è rappresentato appunto dai *casi o fatti di bancarotta*.

Il diritto moderno ha compreso che il *fallimento*, in sè, non può essere considerato come un reato. Il fallimento, è semplicemente un *fatto dannoso*, come sono fatti dannosi la morte di un uomo, la perdita del possesso di una cosa, la deteriorazione di un immobile, la diminuzione della pubblica estimazione, e via dicendo. Ma come tutti questi vari fatti dannosi non dànno luogo a responsabilità penale, se non sono effetti diretti o indiretti di un'*azione umana*, cioè di un fatto umano volontario, e come, perciò, non si punisce la morte di un uomo, ma l'*uccisione*, non la perdita del possesso, ma il *furto*, non la deteriorazione dell'immobile, ma il *danneggiamento*, non la diminuzione della estimazione pubblica, ma la *diffamazione*, così non si punisce il *fallimento*, ma il fatto umano che causò il fallimento, cioè la *bancarotta*. Quindi il diritto moderno ha, almeno in linea di principio, ripudiato, in materia di fallimento, il sistema della responsabilità penale per danno obbiettivo, la cui applicazione genuina è oramai ristretta a singole conseguenze pe-

---

di ugual valore, a costituire il reato: v. NEUMEYER, *Historische u. dogmatische Darstellung der Strafbaren Bankerutts*, pag. 171; WILMOWSKI, *Deutsche Reichskonkursordnung*, § 239, n. 4, pag. 618, e la giurispr. citata da questi autori. Del resto la miglior confutazione di questa dottrina sta nel modo stesso con cui la si giustifica. Il WILMOWSKI, ad es., afferma che la connessione interna tra i due elementi del fatto, quando gli atti di bancarotta hanno preceduto, sta in ciò che, chiunque ha compiuto uno degli atti enumerati dalla legge, è obbligato, sotto minaccia della pena, ad adempiere le sue obbligazioni: il debitore insolvente poi non può, dopo il fallimento, intraprendere gli atti indicati dalla legge. Questa ultima spiegazione non è affatto una spiegazione, e la prima trasforma la pena della bancarotta in semplice mezzo di coazione all'adempimento, ossia in mezzo esecutivo, contro la realtà e tutta la natura e la regolamentazione dell'istituto.

nali, e precisamente alla perdita di alcuni diritti civili e politici, come si è spiegato più sopra. Ma d'altro canto il diritto moderno non si è spinto fino a proclamare la regola generale che solo il fallimento dovuto a un fatto doloso o colposo del debitore o di un terzo, dà luogo a responsabilità penale. E, oltre alla tradizione, non mancano, in verità, motivi assai gravi per procedere canti su questa strada. La ricerca del fatto, da cui fu prodotto, o anche soltanto aggravato il fallimento, è ricerca estremamente difficile; di regola il fallimento non fu prodotto o aggravato da un fatto unico, ma da un complesso di atti, da tutta la *condotta* del debitore, in cui non è facile determinare singolarmente quelli, di cui si possa stabilire il *nesso causale* col fallimento. Sotto l'influsso della tradizione e in presenza di queste difficoltà, la legge procede per *presunzioni*; dati taluni fatti che, normalmente, sono *indizio* di condotta negligente e leggera, o addirittura di condotta fraudolenta, *presume* senz'altro che il debitore abbia tenuto tale condotta, e che essa abbia prodotto o aggravato il fallimento. Così in presenza di un debitore, che ha fatto spese personali eccessive, o che ha consumato parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o aleatorie, o che è ricorso ad operazioni rovinose per ritardare la dichiarazione di fallimento, o che ha, dopo verificatosi lo squilibrio, pagato un creditore a danno della massa, o che non ha tenuto regolarmente i suoi libri, la legge (art. 856) presume che il debitore abbia esercitato il commercio con negligenza e imprudenza, e che da ciò sia derivato o sia stato reso più grave il fallimento. Si tratta, perciò, di una *doppia* presunzione. Da taluni singoli fatti di imprudenza o negligenza si induce, per via di presunzione, tutta una *condotta* imprudente o negligente del commercio, ossia una *serie continuata* di atti di negligenza o imprudenza; e stabilita così l'esistenza di una serie di negligenze o imprudenze, si presume il *nesso causale* tra esse e il fallimento. E lo stesso avviene per gli altri casi di bancarotta, anche per quelli che offrono maggiori difficoltà. Il non avere, ad esempio, fatto trascrivere il proprio contratto di matrimonio, l'aver tenuto irregolarmente i libri, il non aver fatto o l'aver fatto inesattamente il deposito del bilancio dopo verificatosi lo squilibrio, il non avere adempiuto un precedente concordato (art. 857, n. 1, 2, 3, 5) sono fatti, che la legge assume come indizio di condotta negligente o imprudente e in base ai quali presume l'esistenza di una serie di atti di negli-

genza o imprudenza, e presume inoltre, che tali atti abbiano prodotto o reso più grave il fallimento. Così la circostanza che il debitore, dopo la dichiarazione di fallimento, non si presenti al giudice delegato, alla delegazione o al curatore a dare gli schiarimenti richiesti, o presentandosi li dia falsi, o si allontani dal suo domicilio durante la procedura di fallimento (art. 857, n. 4), fa presumere che il fallito non voglia prestarsi a coadiuvare gli organi del fallimento nella liquidazione del suo patrimonio, ed è certo indizio di una condotta negligente: orbene la legge da questi indizi presume la condotta negligente, e presume altresì che tale condotta abbia resa più difficile la posizione dei creditori, abbia cioè aggravato il fallimento. Egualmente, nel caso così discusso del mediatore (art. 858). Il solo fatto che il fallito esercitasse la professione di mediatore, fa presumere la sua negligenza o imprudenza; la legge parte dal supposto che un ordinato e prudente mediatore non può, per la natura stessa del suo commercio, cadere in fallimento: e se ciò avviene presume senz'altro la condotta negligente o imprudente e il nesso causale tra questa e il fallimento. Insomma, in questo, e in tutti gli altri casi di bancarotta la legge pone una doppia presunzione: che il fallito o il terzo abbiano commesso una serie di atti di negligenza, imprudenza o frode, e che questi atti abbiano prodotto o aggravato il fallimento. Ciò spiega come reato non sia il fatto di bancarotta, e non sia neppure il fallimento; ma sia invece quel *complesso di atti*, non individualmente determinati, nè singolarmente accertati, la cui esistenza è presunta in base al fatto di bancarotta. E la legge considera come reato questo complesso di atti, in quanto, con una seconda presunzione, lo pone in rapporto di causa ad effetto col fallimento. Abbiamo così tutti gli elementi del reato: un'*azione umana volontaria e illecita* (il complesso di atti di negligenza o frode), *un danno sociale* (il fallimento), e un *rapporto di causalità* tra l'azione e il danno (1).

(1) La dottrina esposta nel testo è in parte affine a quella, già adombrata dal Binding nell'*Handbuch des Strafrechts*, e meglio precisata nel *Lehrbuch*, per quanto, a dir vero, se ne discosti in punti fondamentali. Il Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, pag. 362, n. 3, trattando della bancarotta a proposito del concorso dei reati, osserva che in taluni casi la norma legislativa è violata da un comportamento disonesto costituente un

Si noti, che le due presunzioni sono veramente *presunzioni* e non finzioni: si basano cioè sopra una effettiva *probabilità*. È invero probabile, accertato un singolo fatto di negligenza o di frode, che tutta la condotta del debitore o del terzo sia stata negligente o fraudolenta; ed è pur probabilissimo, una volta stabilita la condotta negligente o fraudolenta, che questa sia stata causa del fallimento. La particolarità in queste presunzioni, in cui si rivela la sopravvivenza dell'antico concetto del fallimento-reato, e in cui rimane in qualche modo sancita una specie di *responsabilità penale per danno obbiettivo*, è che non si tratta di presunzioni *iuris tantum*, dirette soltanto ad agevolare la prova, ma di presunzioni *iuris et de iure*. Dato il caso di bancarotta, non si è ammessi a provare

---

tutto, i singoli elementi del quale possono essere molto diversi, ma che mirano tutti allo stesso fine, come è appunto nella bancarotta (questo passo del Binding è inesattamente riferito e del tutto frainteso dal Longhi, *Bancarotta*, pag. 76, il quale afferma che il B. " ritenendo che i reati di bancarotta non si possono esattamente racchiudere sotto un unico concetto generale, e pur volendo rilevarne il tratto caratteristico fondamentale, dice sinteticamente che elemento comune è una condotta in tutto il suo complesso riprovevole „ (ein unreelles Verhalten des Ganzes), quando, invece il B. dice semplicemente a proposito del concorso di reati: " Tritt dem Gesetzgeber, wie beim Bankerutt, ein unreelles Verhalten *als Ganzes* entgegen, *dessen Bestandtheile sehr verschiedenen sein können* etc. „). Posto così il concetto fondamentale dell'azione delittuosa, nella bancarotta, come un'azione complessa, risultante di atti singoli, eventualmente assai diversi, il Binding, *Lehrbuch*[2], I, pag. 425, aggiunge che le due forme di bancarotta (semplice o fraudolenta) debbono considerarsi " come sottospecie o elementi del comportamento illecito del debitore fallito di fronte ai suoi creditori „ e spiega (pag. 429) che " non le azioni punibili del debitore vuole il legislatore regolare, ma i casi della punibilità di un debitore fallito „. Si era così il Binding messo sulla via, che noi riteniamo la sola giusta, di considerare come fatto punibile il *complesso* degli atti del debitore, la *condotta* del debitore, di cui i singoli " atti di bancarotta „ non possono essere che *indizi* o *manifestazioni*: ma a questa conseguenza il B. non giunge; anzi studiando il rapporto tra atto di bancarotta e fallimento, perde completamente di vista il suo punto di partenza affermando che il fallimento " serve semplicemente a caratterizzare il subietto, i cui atti di bancarotta debbono essere puniti, così come il requisito delle qualità di pubblico ufficiale nei delitti di violazione dei doveri d'ufficio, ma con una differenza. In questi delitti, la qualità di pubblico ufficiale deve esistere al momento del delitto. La qualità di fallito può sopravvenire dopo l'atto di bancarotta „ (pag. 429).

che la condotta del debitore non fu negligente o fraudolenta, o che il fallimento fu, in ogni modo, dovuto ad altre cause. La legge lo dice chiaramente; dato il caso di bancarotta, il debitore " è colpevole di bancarotta „; il terzo " è punito „. Sotto questo punto di vista non è stato un gran progresso l'aver trasformato i casi di bancarotta *facoltativa* degli art. 585, 586 del Cod. francese, 698 e 701 del Codice nostro del 1865, in casi di bancarotta *obbligatoria*. La così detta bancarotta facoltativa importa che la doppia presunzione sia *iuris tantum*, e ammetta quindi la prova contraria. Il ritorno alla bancarotta obbligatoria anche in questi casi è veramente anche un parziale ritorno al sistema del fallimento-reato. Dal quale il diritto moderno si è in realtà concettualmente allontanato facendo consistere il reato non più nel fallimento, ma nel complesso dei *fatti colposi o dolosi* che lo produssero. Questo complesso di fatti, si distingue dal fallimento anche nel nome: ed è ciò che si chiama *bancarotta*. Vero è d'altro canto che l'importanza pratica della distinzione è in parte diminuita dal sistema di prove legali organizzato dalla legge, per cui, dato il fallimento e un caso di bancarotta, la bancarotta è presunta senza possibilità di prova contraria.

TITOLO SECONDO

SVOLGIMENTO STORICO DEL DIRITTO DEL FALLIMENTO

(Le origini).

CAPITOLO I.

Il diritto Romano.

Sommario: 48. Caratteri della primitiva esecuzione romana. — 49. Carattere privato e penale della procedura esecutiva delle dodici tavole. — 50. Modificazione di tali caratteri in seguito a leggi successive: la *lex Poetelia*. — 51. Origini della esecuzione patrimoniale. — 52. Continua. — 53. La primitiva esecuzione sul patrimonio come mezzo di coazione della volontà. — 54. Procedura della *bonorum venditio*: la *missio in possessionem*. — 55. La *bonorum venditio* propriamente detta. — 56. Il sistema revocatorio del diritto classico. Varie opinioni. — 57. Nostra opinione: diversi mezzi revocatori. — 58. Requisiti della revoca. Il sistema revocatorio del diritto giustinianeo. — 59. Origini del concordato. — 60. La *cessio bonorum*. — 61. Il *pignus in causa iudicati captum*. — 62. La *bonorum distractio*.

48. Una disciplina giuridica speciale dell'insolvenza presuppone condizioni di civiltà progredite, largo sviluppo del credito, forme giuridiche perfezionate. È perciò naturale che per lunghissimo tempo manchino nel diritto romano norme particolari pel fallimento, e la storia del diritto del fallimento si confonda con la storia delle norme regolanti la realizzazione dell'obbligazione. Si è già notato come il concetto, oggi così ovvio, che il debitore risponde coi suoi beni dell'adempimento delle obbligazioni assunte, e che il creditore insoddisfatto può procurarsi direttamente su questi l'equivalente della prestazione dovutagli, è sorto relativamente assai tardi. E, in realtà, si tratta già di una concezione giuridica alquanto complessa, la quale importa che il soddisfacimento del diritto avvenga per semplice *equivalente*, con la sostituzione del valore pecuniario della prestazione alla prestazione stessa.

A questo concetto il diritto romano non s'ispira pienamente che nella compilazione Giustinianea. L'idea che informa tutto lo svolgimento del processo romano dalle XII tavole in poi, è invece, che le sanzioni, le quali presidiano il diritto del creditore, siano rivolte ad ottenere coattivamente appunto la *prestazione*, ossia l'*azione* del debitore, e si risolvano necessariamente in mezzi atti a premere sulla volontà del debitore, per indurlo a pagare.

Che questo sistema si presenti come più semplice di quello odierno del soddisfacimento per equivalente, è quindi più rispondente a uno stadio primitivo della evoluzione sociale e giuridica, è cosa che non può mettersi in dubbio. Ma, inoltre, e questo spiega anche meglio come sia sorto, e come abbia per lunghi secoli predominato, esso è un portato naturale delle condizioni e dell'organizzazione della primitiva società romana.

Noi dobbiamo pensare ad una società organizzata sulla base del gruppo gentilizio, in cui la forma più importante, se non esclusiva, di proprietà conosciuta, è la proprietà collettiva (1), e in cui l'attuazione del diritto è rimessa alla forza privata dell'individuo o del gruppo (2). In tali condizioni, l'inadempimento del debitore doveva essere considerato anzitutto come una violazione della fede promessa e perciò come un'offesa da punirsi sulla persona dell'offensore. La reazione del creditore, pertanto, non mirava punto ad ottenere il soddisfacimento sui beni, che in un'èra di proprietà collettiva il debitore non possedeva, mirava invece a trarre vendetta dell'offesa e a provocare, possibilmente, l'intervento del gruppo, che, legato al debitore da stretti vincoli di parentela reale o fittizia, aveva interesse a sottrarlo alla vendetta, soddisfacendo il creditore. Di qui il duplice carattere, *privato* e *penale*, dell'antichissima esecuzione per debiti.

Il qual carattere non venne completamente meno, come è naturale, neppur quando cominciarono a modificarsi le condizioni sociali, che lo avevano determinato. Indebolitasi la organizzazione

---

(1) Mommsen, *Le droit public romain*, Paris, 1889-1895, VI, I, pag. 26 e segg.; Girard, *Manuale elem. di dir. rom.* Trad. Longo, Milano, 1909, pag. 272 e segg.; Bonfante, *Diritto romano*, Firenze, 1900, pag. 252 e segg.

(2) Cfr. Scialoia, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana.* Corso di lezioni raccolte da Mapei e Nannini, Roma, 1894, pag. 72 e segg. V. anche Windscheid, *Pand.*, I, § 123.

gentilizia, aumentata di importanza e di estensione la proprietà individuale, affermatasi l'autorità dello Stato, e quindi sottoposto a controllo l'esercizio della difesa privata, nuovi elementi sorsero a modificare la condizione del debitore e del creditore in caso di inadempimento. L'auto-difesa del creditore fu regolata; la reazione contro l'inadempimento perdette il carattere esclusivamente o quasi esclusivamente penale, ed ebbe anche lo scopo di indurre il debitore, che oramai lo poteva, a pagare. Ma le basi del sistema non furono mutate, e l'esecuzione rimase una esecuzione prevalentemente *privata*, avente per oggetto la *persona* del debitore, e di carattere misto, *penale* e *processuale*.

49. Tale appunto il sistema della legge delle XII tavole (1). Per intendere pienamente il quale non bisogna dimenticare che

(1) Tab. III (Secondo la ricostruzione del BRUNS, *Fontes juris romani antiqui*, 7ª ed., Leipzig, 1909). " 1. **Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto. 2. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. 3. Ni iudicatum facit aut quis endo eo [in iure] vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito. 4. Si volet suo vivito. Ni suo vivit [qui eum vinctum habebit] libras farris endo dies dato. Si volet plus dato. 6. Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto** ". Taluni correggono il *ne minore... maiore* in *ne maiore... minore*, v. RICCOBONO, in RICCOBONO e BAVIERA, *Fontes iuris romani antejustiniani*, Firenze, 1909, pag. 38, nota 3 A. Il passo di AULO GELLIO, da cui sono riferite queste disposizioni delle XII tavole, dice: (*Noctes Att.*, XX, 1, 42-45) " Sic enim sunt, opinor, verba legis: Aeris confessis rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto: in ius ducito. Ni iudicatum facit, aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus, quindecim pondo ne minore, aut si volet, maiore vincito. Si volet, suo vivito, ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato. Erat autem ius interea paciscendi, ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae iudicati essent, praedicabantur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. Sed eam capitis poenam sanciendae, sicut dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt; nam, si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permiserunt. Et quidem verba ipsa legis dicam, ne existimes invidiam me istam forte formidare. Tertiis, inquit, nundinis, partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto ".

esso rappresenta il diritto di una società ancora poco progredita, ed è il risultato di una tradizione giuridica, che ci riporta ad una organizzazione sociale anche più primitiva. L'inadempimento del debitore, quando il credito risultasse o da sentenza o da confessione, dava luogo alla *manus iniectio*. Trascorso un termine di trenta giorni, il creditore eseguiva la *manus iniectio* pronunciando una formula sacramentale riferita da *Gaio*, e ponendo la mano addosso al debitore: quindi lo conduceva davanti al magistrato. Allora, a meno che il debitore non pagasse, o che si presentasse un *vindex* a pagare per lui o ad assumere la sua difesa, il creditore poteva senz'altro condurlo con sè, tenerlo prigioniero, e legarlo con corregge o con catene di un peso non maggiore (o non minore?) di quindici libbre: aveva l'obbligo di somministrargli il cibo, nella misura di una libbra almeno di farina al giorno, salvo che il debitore incarcerato non preferisse provvedere del suo al proprio sostentamento. Questa prigionia durava sessanta giorni, durante i quali poteva ancora aver luogo un accomodamento: nel frattempo per tre giorni di mercato il debitore doveva essere condotto al comizio, davanti al pretore, dove si annunciava pubblicamente l'ammontare del debito. Passato inutilmente anche questo termine, dopo il terzo giorno di mercato, il debitore poteva essere messo a morte o venduto dal creditore come schiavo all'estero. Se più erano i creditori, il diritto di mettere a morte il debitore apparteneva a tutti, e il corpo di lui poteva essere tagliato a pezzi e diviso (1).

Si tratta, come si vede, di una procedura *sostanzialmente* privata. Siamo ancora in regime di auto-difesa, per quanto regolata e controllata. Se pure, come si vuole da taluni (2), la consegna al

---

(1) Su questa procedura v. KLEINEDAM, *Die Personalexecution der Zwölftafeln*. Breslau, 1904, pag. 130 e segg.

(2) BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, Erster Band. *Der römische Civilprozess*, I, *Legisactiones*, Bonn, 1864, pag. 198 testo e nota 19; KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, pag. 158; WACH su KELLER, *Der römische Civilprozess und die Aktionen*, sechste Aufl. bearbeitet von Wach, Leipzig, 1883, pag. 427 nota 1018; 429 nota 1024 *a*; HORTEN, *Die Personalexecution in Geschichte und Dogma*, Wien, 1893-96, I, pag. 14; MITTEIS, nella " Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte ", XX, pag. 108; KLEINEDAM, *Die Personalexecution*, pag. 213 e segg. Negano invece

creditore non potesse avvenire che in seguito a una formale *addictio* del pretore, certo è che l'ingerenza dell'autorità pubblica andava ancora poco più in là di un controllo quasi puramente passivo. E, se si considera che per un'intera categoria di debitori, i *nexi*, soggetti alla *manus iniectio* del creditore senza alcuna forma di procedimento giudiziale, l'ingerenza della autorità pubblica era probabilmente nulla (1), deve concludersi che siamo ancora ben lontani dall'aver sorpassato lo stadio della realizzazione del diritto per autorità privata.

Ma anche sotto un altro punto di vista, la *manus iniectio* porta le traccie di idee e di istituti antichissimi. Evidente è infatti, in essa, il carattere *penale*. La sorte atroce riservata al debitore insolvente ha in sè tutti i caratteri della pena: soddisfazione data all'offeso, intimidazione generale derivante dal male inflitto al col-

---

la necessità dell'*addictio*: Huschke, *Ueber das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846, pag. 79; Jehring, *Geist des römischen Rechts*, I. pag. 152; Keller, *Civilprozess*, pag. 427; Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, II. pag. 293.

(1) Secondo l'opinione che oggi sembra prevalere, il *nexum*, considerato come contratto (sulle diverse accezioni della parola " nexum ", v. Schlossmann, *Altes römisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig, 1904, pag. 24 e segg.; Kleinedam, *Die Personalexecution*, pag. 40 e segg.) era una specie di autoemancipazione del debitore, probabilmente una autoemancipazione fiduciaria (Schlossmann, pag. 43 e segg.), con la quale il debitore assoggettava la propria persona al creditore per l'ipotesi di inadempimento. In questo senso già l'opinione dominante nella prima metà del secolo XIX, sull'autorità del Niebuhr (v. autori citati in Tambour, *Des voies d'exécutions sur les biens du débiteur*, Paris, 1856, I, pag. 8 e in Costa, *Corso di storia del dir. romano*, Bologna, 1903, pag. 213, nota 5) abbandonata dopo il libro dell'Huschke, *Ueber das Recht des Nexum*, Leipzig, 1846. Ma specialmente lo studio comparativo dei diritti dei popoli primitivi ha confermato l'ipotesi del Niebuhr, e dimostrato come la forma primitiva di obbligazione doveva importare un assoggettamento della persona del debitore al creditore; v. in questo senso principalmente Mitteis, *Ueber das Nexum*, nella " Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte ", XXII (1901), pag. 96 e segg.; XXV (1904), pag. 282 e segg.; Schlossmann, *Altrömisches Schuldrecht*, pag. 24 e segg.; Huvelin, voce *Nexum* nel " Dictionnaire des antiquités grèques et romaines " di Daremberg et Saglio. Probabilmente il *nexum* importava l'assoggettamento sia del debitore, sia, più spesso, di una persona della sua famiglia, che era per lo più un figlio, e veniva data come in ostaggio al creditore: v. Bonfante, *Ist.*, 4ª ed., §§ 153 e 117; Marchi, *Il concetto dell'obbligazione romana*, Roma, 1912, *passim*.

pevole. AULO GELLIO, nel descriverci il procedimento della *manus iniectio*, lo conferma espressamente: " sed eam capitis poenam sanciendae, sicut dixi, fidei gratia horrificam atrocitatis ostentu novisque terroribus metuendam reddiderunt " (1). Questo carattere di vendetta e di pena spiega tutto ciò che vi è di strano e di ripugnante nella *manus iniectio*, come procedimento esecutivo, in ispecie la divisione del corpo fra i creditori che, per quanto presto caduta in desuetudine, rispondeva perfettamente al concetto di una maggior pena inflitta a colui, che aveva offeso e danneggiato più persone, e alla necessità di dare a tutte soddisfazione pel danno patito (2).

Accanto al carattere penale si deve però riconoscere alla *manus iniectio* anche quello di un vero procedimento esecutivo, intendendo con questa espressione un procedimento rivolto a ottenere la realizzazione del diritto. Gli stessi rigori usati contro la persona del debitore, la prigionia, le catene, la vendita come schiavo, la morte, mentre costituivano da un lato una pena per la violata promessa, erano d'altro canto, come realtà e come minaccia, un

---

(1) Cfr. TAMBOUR, *Des voies d'exécution*, I, pag. 15; JHERING, *Geist*, trad. MEULENAERE, I, pag. 152 e segg.; SCIALOJA, *Proc. civile romana*, pag. 302; KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, pag. 160; SOHM, *Institutionen*, 8ª e 9ª ed., Leipzig, 1899, pag. 280; FLEISCHMANN, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau, 1896, pag. 3. Il carattere penale della *manus iniectio* risulta anche dal perfetto parallelismo di questa procedura con quella per il *furtum manifestum*: GAIO, III, 189: " Poena manifesti furti ex lege XII tab. capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat: utrum autem servus efficeretur ex addictione, an ad iudicati loci constitueretur, veteres quaerebant ". V. SCHULIN, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, pag. 533: " Die legis actio per manus iniectionem ist ein Analogen zu dem Verfahren gegen den fur manifestus; ja dieses darf vielleicht geradezu als ihn Vorbild bezeichnet werden ".

(2) Sui vari tentativi di interpretazione della regola " in partes secanto ", v. KLEINEDAM, *Die Personalexecution der Zwölftafeln*, pag. 235 e segg. Ma che la frase si riferisca effettivamente alla divisione del corpo non è più da mettersi in dubbio, dopo la scoperta dei Frammenti di Autun, che, nel Commento a GAIO, IV, 81–85, accennando alla *noxae deditio* del cadavere, confermano che ancora nel diritto classico il cadavere dell'offensore era oggetto della vendetta dell'offeso; v. SCIALOIA, *Bull. Ist. di dir. rom.*, XIII (1900), pag. 72 e segg.; BUONAMICI, *Bull.*, XIII, pag. 794 e segg.; RICCOBONO, *Fontes*, pag. 29, nota 6 *B*. V. già in questo senso, fra gli altri, KOHLER, *Shakespeare vor dem forum d. Iurisprudenz*, Würzburg, 1884, pag. 8.

formidabile mezzo di pressione sulla volontà, particolarmente adatto a funzionare come *mezzo esecutivo*. La *manus iniectio* non ha ancora perduto il suo primitivo carattere di pena privata, ma ha acquistato anche il valore e la funzione di un mezzo esecutivo, che mira a ottenere il soddisfacimento operando sulla volontà dell'obbligato perchè paghi, e dei terzi interessati alla sorte del debitore, perchè intervengano a pagare per lui. Questo carattere di mezzo esecutivo risulta invero, e chiarissimo, da due ordini di considerazioni. Anzitutto dalle stesse fasi e forme del procedimento, in cui la divisione in stadî, ciascuno comprendente un lasso di tempo abbastanza lungo (trenta giorni prima della *manus iniectio*; sessanta giorni dalla *manus iniectio* all'uccisione o alla vendita), aveva appunto per iscopo di dar tempo al debitore di raccogliere le sue risorse, di far appello alla pietà dei parenti, e anche di riflettere se gli convenisse di recedere dalla sua ostinazione, quando l'inadempienza fosse dovuta principalmente a mala voglia o a tentativi di frode: mentre, d'altro canto, la larga pubblicità ottenuta con la presentazione al comizio nei giorni di mercato, era rivolta a provocare l'intervento dei parenti e degli amici. Ma una nuova prova che la *manus iniectio* sia da considerare anche, anzi principalmente, come un mezzo di coazione della volontà, si ha nel fatto che la *manus iniectio iudicati* è una applicazione particolare di una figura giuridica più generale, che chiameremo *manus iniectio* semplicemente. La *manus iniectio* è, in questo primo periodo del diritto romano, *un mezzo generale di coazione della volontà*, che trova applicazione nella *manus iniectio iudicati* della tavola III, nella *manus iniectio* diretta a vincere l'ostinazione del debitore contumace della tavola I, nelle varie ipotesi di *manus iniectio pura*, enumerate da GAIO. In tutti questi casi vi è una volontà recalcitrante da piegare, e i mezzi adoperati per vincerla sono analoghi, se non identici (1).

---

(1) Troviamo indicate dalle fonti non meno di quattro specie di *manus iniectio*: *a)* la *manus iniectio* diretta a ottenere la comparizione del contumace: Tab. I. 1. **Si in ius vocat[ito]. Ni it, antestamino: igitur em capito.** 2. **Si calvitur, pedemve struit, manum endo iacito**; *b)* la *manus iniectio iudicati*: GAIO, IV. 21: " Per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum... "; *c)* la *manus iniectio pro iudicato*: GAIO, IV, 22: " Postea

In questo sistema, l'obbligazione appare come un vincolo *strettamente* ed *unicamente* personale: l'obbligazione è, ad un tempo, un diritto *verso* il debitore e *sul* debitore. Questo carattere è più evidente nel *nexum*, in cui il diritto *sulla* persona (del debitore o del terzo dato in ostaggio) può essere esercitato stragiudizialmente, senza ingerenza della autorità: ma deve riconoscersi anche nelle forme più recenti di obbligazione, in cui il potere sulla persona si esercita sotto il controllo del magistrato. Se l'esecuzione patrimoniale del diritto moderno, che è essenzialmente pubblica, presuppone, come si è veduto più sopra, un preesistente diritto del creditore sul patrimonio, *a fortiori* l'esecuzione privata sulla persona, importa un preesistente diritto del creditore sulla persona: si tratta, naturalmente, di un potere condizionato all'inadempimento, e che non può esercitarsi, se non dopo intervenuto l'inadempimento.

Che questo potere sulla persona importasse anche un potere sui beni, è, in genere, da escludersi, perchè, anche dopo la *manus iniectio*, il debitore rimaneva proprietario dei suoi beni, come si desume dalla disposizione delle XII tavole, per cui il debitore incarcerato può, se crede, procurarsi *del suo* i cibi, nonchè transigere coi suoi creditori, e come prova tutto l'andamento della procedura, scopo precipuo della quale è quello di vincere l'ostinazione del debitore ed indurlo a pagare (1).

---

quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset; et denique complures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt „; *d)* la *manus iniectio pura*: Gaio, IV, 23: " Sed aliae leges ex aliis quibusdam causis constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, idest non pro iudicato: veluti lex [Furia] testamentaria adversus eum, qui legatorum nomine mortisve causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret; item lex Marcia adversus foeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectionem cum eis ageretur „. Sulle varie specie di *manus iniectio* v. KELLER-WACH, *Der röm. Civilpr.*, pag. 96 e segg., 228 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, I, pag. 106, 155 e segg.; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 149 e segg.; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 1000 e segg.; SCHLOSSMANN, *Altrömisches Schuldrecht*, pag. 140–142, 149-156, 174–190.

(1) La dottrina romanistica, specie la più antica, si è spesso sforzata di trovare nella esecuzione personale del primo periodo gli elementi di una ese-

Solo eccezionalmente, come ci attesta GAIO, e probabilmente in epoca posteriore, fu introdotta una procedura patrimoniale: la *pignoris capio* (1). Per taluni crediti singolarmente enumerati, e aventi

cuzione sul patrimonio e di una esecuzione, come l'odierna, diretta al soddisfacimento. Si disse così che i beni, come un accessorio della persona, venivano a cadere in potestà del creditore, il quale poteva su di essi soddisfarsi (HUSCHKE, *Nexum*, pag. 81; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, I, pag. 199, II, pag. 668; GUGINO, *Trattato storico della proced. civ. rom.*, Palermo, 1873, pagina 292). Si disse anche che con la vendita *trans Tiberim*, i beni del debitore divenuti vacanti, potevano essere occupati dal creditore, per soddisfarsi (TAMBOUR, *Des voies d'exécution*, I, pag. 29). Si disse infine, con maggiore verosimiglianza storica, che la vendita del debitore poteva indirettamente procurare il soddisfacimento sul patrimonio, in quanto il valore dei beni appartenente al debitore doveva essere compreso nel prezzo della vendita (GARRAUD, *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible*, Paris, 1880, pag. 16; THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, pag. 22). Ma in verità tutti questi tentativi hanno il torto di considerare la primitiva esecuzione romana da un punto di vista moderno, e quindi inesatto. L'esecuzione fu in questo periodo (come anche nel periodo susseguente) esclusivamente diretta a costringere la volontà del debitore e il costringimento era effettuato con mezzi così energici da rendere addirittura superfluo il soddisfacimento per equivalente sul patrimonio. E veramente non par concepibile un debitore così ostinato che, potendo pagare, preferisca farsi mettere a morte o vendere come schiavo, col risultato di perdere ugualmente il suo patrimonio.

(1) GAIO, IV, 26-30: " 26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege. 27. Introducta est moribus rei militaris. Nam et propter stipendium licebat militi ab eo qui aes tribuebat, nisi daret, pignus capere; dicebatur autem ea pecunia, quae stipendii nomine dabatur, aes militare. Item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua equus emendus erat: quae pecunia dicebatur aes equestre. Item propter eam pecuniam, ex qua ordeum equis erat comparandum; quae pecunia dicebatur aes hordiarium. 28. Lege autem introducta est pignoris capio veluti lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset, nec pretium redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sagrificium impenderet. Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent. 29. Ex omnibus autem istis causis certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat hanc quoque actionem legis actionem esse; quibusdam autem contra placebat, primum quod pignoris capio extra ius peragebatur, id est non apud praetorem, plerumque etiam absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possent quam apud praetorem praesente

tutti, qual più qual meno, un carattere pubblico o sacrale, era concesso al creditore di realizzare il suo credito mediante apprensione di una cosa del debitore (*pignoris capio*). Ma tale apprensione, al contrario di ciò che le idee moderne condurrebbero troppo facilmente ad ammettere, non aveva punto per iscopo il soddisfacimento del creditore *sulla cosa*, ma costituiva semplicemente un particolare *mezzo di coazione della volontà*. Si poneva mano sulla cosa del debitore, per vincerne l'ostinazione e costringerlo a soddisfare il suo debito. La *pignoris capio* di questo periodo attribuiva perciò al creditore il diritto di impossessarsi della cosa, di trattenerla e anche di distruggerla, non già quello di venderla per soddisfarsi sul prezzo (1).

50. Il sistema della legge delle XII tavole, tutto pieno di concetti appartenenti ad un'epoca primitiva, non poteva durare a lungo. Ben presto della esecuzione personale delle XII tavole due concetti divennero ripugnanti al più raffinato sentimento giuridico dei romani: il carattere *penale*, per cui il debitore era colpito al di là del necessario per lo scopo meramente esecutivo, e il carattere *essenzialmente privato*, che rendeva possibili tutte le esorbitanze di una auto-difesa, il cui esercizio, nella maggior parte dei casi, era rimesso completamente all'arbitrio del creditore. La reazione della plebe oberata di debiti e posta alla mercè dei patrizi creditori, l'interesse dello Stato ad affermare la sua autorità e a limitare la difesa privata, concorsero a determinare una serie di riforme, di cui la più importante e significativa è certo quella operata con una *lex Poetelia* del 428 o del 441 di Roma (2). Questa legge (3)

adversario, praeterea quod nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, capi poterat „. V. anche il S. C. *de pago Montano* (BRUNS, *Fontes*, pagina 181; RICCOBONO e BAVIERA, *Fontes*, I, pag. 220-221).

(1) Ciò risulta anche da GAIO, IV, 32, dove si parla del riscatto del pegno in caso di *pignoris capio*: “ Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur „. V. del resto SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 155.

(2) Sulla data della *lex Poetelia* v. da ultimo GIRARD, *Man. elem.*, pag. 496 testo e nota 3.

(3) T. LIVIO, VIII, 28: “ Iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo tene-

ebbe appunto il doppio scopo di togliere al procedimento ogni carattere penale, mitigando le conseguenze troppo esorbitanti della *manus iniectio*, e di limitare il carattere privato della procedura, accrescendo l'ingerenza del magistrato. Di qui due ordini di provvedimenti. In primo luogo l'abolizione della facoltà di mettere a morte il debitore insolvente, di venderlo come schiavo, di caricarlo di catene. In secondo luogo il divieto di procedere alla *manus iniectio* contro il debitore non *confessus* nè *iudicatus*, e di procedervi senza l'intervento del magistrato, anche nel caso che il debitore si fosse obbligato nelle forme solenni del *nexum*. Ciò non significa, come pur si è affermato da qualche scrittore, che la *lex Poetelia* abbia abolito l'esecuzione personale; numerose testimonianze provano la persistenza dell'esecuzione sulla persona in epoca molto posteriore e anche al tempo della giurisprudenza classica (1): l'esecuzione personale invero rimase, ma oramai senza il prevalente carattere penale, nella sola veste di *mezzo di coazione* della volontà, allo scopo del soddisfacimento. Ma neppure è vero che, con la riforma della *lex Poetelia*, si sia abolito il *nexum*: la legge volle soltanto, e in ciò convergeva l'interesse del debitore e un alto interesse pubblico, abolire la facoltà che prima spettava ai creditori, di impossessarsi del debitore o del terzo dato in ostaggio, in forza del *nexum*, senza alcun controllo e alcuna ingerenza dello Stato: volle, in altri termini, estendere anche al caso del *nexum* la limitazione e il controllo dell'auto-difesa. Ciò che prima era esercizio immediato e incontrollato di un diritto, diventa ora una forma di

---

retur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum, ne necterentur „. VARRONE, d. l. l. VII, 5, § 105: “ Liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret; et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti „. CICERONE, *de rep.*, II, 34: “ omnia nexa civium liberata, nectierque postea desitum „.

(1) Cfr. ZIMMERN, *Traité des actions*, trad. ÉTIENNE, Paris, 1846, pag. 136, nota 6; KELLER-WACH, *Röm. Civilpr.*, pag. 430 testo e nota 1028; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, II, pag. 661-662; GUGINO, *Proc. civ. rom.*, pag. 299; TAMBOUR, *Voies d'exécution*, I, pag. 31; VAINBERG, *La faillite d'après le droit romain*, Paris, 1874, pag. 89; GARRAUD, *Déconfiture*, pag. 14; THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, pag. 27; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 303; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 1060.

esecuzione, sia pure ancora prevalentemente privata (1). Che questa limitazione facesse cadere in desuetudine il *nexum*, è certo, e così doveva essere, quando si pensi che oramai ad esso non era più collegato alcuno di quei vantaggi, che facevano preferire ai creditori questa forma antichissima e complicata di obbligarsi a quelle più semplici del diritto posteriore (2).

51. Accanto all'esecuzione personale si sviluppò, nel periodo della procedura formulare, l'esecuzione patrimoniale. Si è, in genere, d'accordo nell'attribuirne l'origine a un pretore, P. RUTILIO RUFO (3) (a. 636 di Roma?), e nel ricollegarla alla procedura adot-

---

(1) Si dice da molti, che la *lex Poetelia* abbia tolto al *nexum* la forza esecutiva: HUSCHKE, *Nexum*, pag. 129 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr*, pagine 164 a 200; COSTA, *Storia del dir. rom.*, II, pag. 214-215; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 496. Ciò in relazione alla dottrina che fa del *nexum* un contratto di mutuo avente forza esecutiva. Per chi concepisce il *nexum* come una specie di pegno della propria persona o di persone della propria famiglia, il risultato non è sostanzialmente diverso: la legge Poetelia deve aver vietato, non tanto lo stesso contratto (di cui abbiamo traccie anche in epoca posteriore, v. GAIO, III, 173), quanto l'esercizio dei diritti che ne derivavano per via privata, invece che per via giudiziaria, e ad ogni modo certamente il pegno sulla persona dell'*obligatus*.

(2) GIRARD, *Man. elem.*, pag. 497.

(3) GAIO, IV, 35: " quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a Praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est „. Non manca tuttavia chi pretenda far risalire l'origine della procedura patrimoniale fino alla *lex Poetelia*, ricollegandola al passo di VARRONE in cui è detto " omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti „ e alla affermazione di LIVIO " pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium „: v. tra gli altri: BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, pag. 666, 668; VAINBERG, *Faill.*, pag. 98-99: THALLER, *Faill.*, I, pag. 27-28. In verità l'affermazione di LIVIO deve riferirsi piuttosto ad una disposizione transitoria della *lex Poetelia*, per cui, liberandosi i *nexi*, si sostituì il pegno dei beni al pegno della persona; e il " bonam copiam iurare „ (secondo altri " bonam copiam eiurare „ che varrebbe precisamente l'opposto) non significa forse, come si crede generalmente, affermare con giuramento la propria solvenza (v. in questo senso da ultimo SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 304) ma piuttosto giurare di di non sottrarsi al giudizio, di prestarsi alla costituzione del giudizio. *Habere copiam alicuius* è frase adoperata dalle fonti appunto in questo senso: vedi p. es.: *Ulp. l. quinto ad Edictum*, l. 2, § 1 *quibus ex causis* 42, 4: " potestatem autem sui non facit, qui id agit, ne adversarius eius copiam sui habeat „; l. 7, § 2, *de suspect. tut.*, D., 26, 10 " nam adversus eos qui, ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere „.

tata dallo Stato contro i suoi debitori, che il Pretore avrebbe imitato (1). Sono, in verità, queste, induzioni tutt'altro che sicure. Già Gaio ricorda il pretore Rutilio come inventore della *bonorum venditio*, in forma, che dimostra trattarsi di una tradizione, della cui autenticità lo stesso giureconsulto non è punto sicuro (2): ad ogni modo Gaio dice semplicemente che Rutilio introdusse la *bonorum venditio*, non già che a questi si debba l'invenzione di tutta l'esecuzione patrimoniale, di cui la *bonorum vendttio* è soltanto una fase. Ed è, in realtà, molto inverosimile che un così complesso procedimento sia stato creato di getto da un solo pretore. Nè più fondata sembra l'ipotesi che l'esecuzione patrimoniale sia una formazione riflessa, una creazione artificiale plasmata su un modello preesistente, la procedura fiscale contro i debitori dello Stato. Rendono assai malsicura e forse del tutto infondata questa ipotesi varie considerazioni: 1° Non si ha nessuna prova certa della anteriorità della procedura fiscale di fronte alla esecuzione patrimoniale privata (3); 2° In ogni modo non è probabile che il pretore, anzichè sviluppare le istituzioni che rientravano già nella sfera delle sue attribuzioni, sia ricorso alla imitazione di istituti appartenenti alla competenza di un altro magistrato, il censore o il questore; 3° La creazione tutta di getto, di un istituto nuovo e complesso, per imitazione riflessa di un altro istituto, non risponde al procedimento consueto del pretore romano, che costruiva gli istituti pezzo per pezzo, provvedendo a soddisfare i bisogni nuovi man mano che si presentavano, mediante disposizioni adatte al singolo caso, che in seguito poi estendeva, ampliava e generalizzava (4).

(1) Keller-Wach, *Röm. Civilpr.*, pag. 431 testo e nota 1031; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 669; Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 109 e segg.; Rudorff, *Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict*, nella " Zeitschrift für Rechtsgeschichte ", VIII (1869), pag. 86; Garraud, *Déconfiture*, pag. 17; Vainberg, *Faill.*, pag. 272; Gugino, *Proc. civ. rom.*, pag. 301; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 305; Girard, *Man. elem.*, pag. 1060.

(2) " Qui et bonorum venditionem introduxisse *dicitur* ". Cfr. Dernburg, *Ueber die Emptio bonorum*, Heidelberg, 1850, pag. 24.

(3) Troviamo ad es. che anche per la *missio in bona* del questore occorre l'autorizzazione del pretore: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 669.

(4) Contro la derivazione della *bonorum venditio* dalla *sectio bonorum* vedi Huschke, *Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorium Interdict*, nella " Zeitschrift für Rechtsgeschichte ", IX (1870), pag. 359 e segg.; e più di recente Thaller, *Faill.*, I, pag. 32-33.

Di comune il procedimento della *sectio* e la procedura patrimoniale del periodo formulare hanno probabilmente solo il *fondamento legale*, che ne rese possibile la formazione: vale a dire l'*imperium* del magistrato. Come il censore e poi il questore procedevano all'apprensione dei beni del debitore dello Stato in virtù del loro *imperium*, così in forza del suo *imperium* e non della *jurisdictio* creò il pretore la procedura esecutiva patrimoniale. Il primo germe della quale, crediamo, risale al periodo delle *legis actiones*, e deve ricercarsi nella *missio in possessionem*, che, in virtù appunto del suo *imperium*, il pretore dovette, assai di buon'ora, accordare contro il debitore, che si nascondesse o fuggisse per non esser tratto in giudizio. La *missio in possessionem*, è noto, costituiva uno dei procedimenti adoperati fin dai primi tempi della sua istituzione, dal pretore per vincere la mala volontà altrui. In forza dei poteri di polizia inerenti al suo *imperium*, il pretore, per premere sulla volontà di una persona, permetteva ad un'altra di entrare in possesso dei suoi beni, affinchè dalla molestia e dal danno derivante da tale intrusione, essa fosse indotta a obbedire all'ordine del magistrato (1). La *missio* era, insomma, un generale mezzo di *coazione della volontà*. Ora, un caso, in cui questo mezzo di coazione appariva necessario, e veniva, nel fatto, applicato, era appunto quello del debitore che si nascondeva o fuggiva per impedire il giudizio. La presenza delle due parti era invero necessaria nel periodo delle *legis actiones*, e anche nel periodo formulare, durante i quali il procedimento fu sempre, nel suo carattere fondamentale, privato (2), e la funzione essenziale del magistrato quella di imporre alle parti contendenti il deferimento della loro controversia a una terza persona (*arbitro, giudice*). In questo sistema la latitanza del debitore doveva rendere assolutamente impossibile la costituzione del

---

(1) Sulla *missio in possessionem* come mezzo di coazione della volontà: DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 408; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 91-92; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 51, 52-53. Sulle varie *missiones*, v. ZIMMERN, *Traité des actions*, trad. ÉTIENNE, pag. 229 e segg.; KELLER-WACH, *Civilpr.*, pag. 390 e segg.; DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 400 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, pagina 735 e segg.; GUGINO, *Proc. civ. rom.*, pag. 351 e segg.; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 90 e segg.; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 1066-1067.

(2) Cfr. su ciò le belle pagine del BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, pag. 486 e segg.

giudizio, perchè contro un debitore introvabile non era efficace neppure la *manus iniectio* della tavola I. A tale lacuna del diritto civile supplì il pretore, il quale stabilì di concedere la *missio in bona* contro il debitore " qui fraudationis causa latitat „ (1).

Dato l'istituto generale della *missio in possessionem* come mezzo di coazione della volontà, e l'applicazione già fatta al debitore " qui fraudationis causa latitat „, doveva essere facile fare un passo innanzi, e applicare la *missio* anche ai debitori *confessi* o *iudicati*, che non avessero soddisfatto l'obbligazione. Come efficace mezzo di coazione della volontà, la *missio* era singolarmente adatta a funzionare da *mezzo esecutivo*: essa aveva, di fronte all'esecuzione personale, il vantaggio di essere meno vessatoria, di più semplice esercizio, e altrettanto efficace per piegare la mala voglia di un debitore ostinato. Era in tal modo, per un processo storico assai semplice e naturale, trovata e introdotta l'*esecuzione patrimoniale* (2). La quale, come appare da quanto si è detto, ha bensì oramai per oggetto i *beni*, e non la *persona* del debitore; ma non mira ancora affatto al *soddisfacimento sui beni*; l'apprensione dei beni è qui, come l'apprensione della persona nella esecuzione personale, *mezzo di coazione della volontà*. Anche in questo sistema esecutivo, il soddisfacimento è atteso ancora dalla *volontà del debitore*. La derivazione dell'esecuzione patrimoniale del diritto pretorio dall'istituto generale della *missio* ne spiega tutte le particolarità. Spiega anzitutto un fenomeno che a noi moderni appare ben strano: come la primitiva esecuzione patrimoniale sia stata una esecuzione *generale*, avente cioè per oggetto *tutto* il patrimonio del debitore, e non già un'esecuzione *speciale*: come, in altri termini, si sia cominciato col

(1) Girard, *Man. elem.*, pag. 1009, nota 1, 1015 nota 2; Seuffert, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nordlingen, 1888, pagina 50, testo e nota 5; Lenel, *Das edictum perpetuum*, 2ª ed., Leipzig, 1907, pag. 400.

(2) La derivazione della *missio in bona* come procedimento esecutivo dalla *missio* in caso di contumacia si trova già, sostanzialmente, affermata da Dernburg, *Emptio bonorum*, pag. 24 e segg.; e, in forma dubitativa, da Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 668-669: " es ist möglich, das der Prätor die Missio in bona schon früher gegen den flüchtigen Schuldner eintreten liess „. Più di recente in questo senso: E. Serafini, *Della revoca degli atti fraudolenti*, Pisa, 1887-1889, I, pag. 66-67.

tipo per noi più complesso di esecuzione e non con quello che a noi appare più semplice. Quando alla persona si sostituirono i beni come oggetto della apprensione da parte del creditore, è ben naturale che questa apprensione si facesse cadere su tutto il patrimonio, che rappresentava la personalità economica del debitore, ora sostituita alla fisica. Solo, del resto, la spogliazione di tutto il patrimonio, poteva costituire un mezzo di coazione equivalente, per efficacia, alla apprensione della persona: e solo l'apprensione di tutto il patrimonio poteva dar adito a un'ulteriore sostituzione, a cui si venne ben presto: quella di una terza persona (*bonorum emptor*) che, succedendo *in universum ius*, cioè nell'attivo e nel passivo, al debitore, facesse ciò che questi si era ostinato a non fare e pagasse i creditori. Ma un altro fenomeno storico spiega ancora la derivazione dell'esecuzione patrimoniale dalla *missio*: il perfetto parallelismo, già da vari scrittori notato, fra due istituti che oggi non hanno più nulla di comune: l'esecuzione forzata e il processo contumaciale (1). Se, infatti, la *missio* era conceduta tanto contro l'*indefensus*, quanto contro il *confessus* o *iudicatus* inadempiente, ciò avveniva appunto per la loro comune origine e la loro comune natura di *mezzo di coazione della volontà*.

52. Sul principio la *missio in possessionem*, applicata al *confessus* e al *iudicatus*, fu semplicemente un mezzo di coazione, il cui scopo era di procurare il pagamento per opera dello stesso debitore. Ma ben presto, e probabilmente appena con la riforma della legge Ebuzia vennero aumentati i poteri del pretore, questi trovò molto semplice e comodo, nei casi in cui la *missio* avesse fallito lo scopo, di eliminare il debitore troppo ostinato, e di mettere al suo posto un'altra persona, la quale pagasse per lui. Ciò si poteva ottenere mediante una *successio in universum ius*, ad esempio di quella che si verificava in caso di morte (2): attribuendo a una

---

(1) DERNBURG, *Emptio bonorum*, pag. 4 e segg.; MENESTRINA, *Accessione*, pagina 65.

(2) GAIO, IV, 35: " Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit „; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, pag. 684; e chiaramente: DEGENKOLB, *Magister und curator in altrömischen Konkurs*, nei " Beiträge zum Civilprozess „, Leipzig, 1905, pag. 170 testo e nota 2. V. anche LENEL, *Das Edictum perpetuum*[2], pag. 417.

terza persona la qualità di successore a titolo universale del debitore ostinato, come se ne fosse divenuta erede, si otteneva lo scopo di trasferire in essa anche la qualità di debitore, e quindi di sostituire al debitore recalcitrante un altro più pieghevole e pronto a pagare spontaneamente. Ma è chiaro che una persona, disposta ad accollarsi la successione, non si sarebbe potuta trovare se non a patto che questo acquisto dei beni a titolo di successione universale non fosse stato oneroso. Donde la necessità, pei creditori, di non pretendere dal successore, la parte dei loro crediti eventualmente eccedente il valore dei beni. Questa assunzione della qualità di successore a titolo universale, che, in realtà, era un acquisto del patrimonio attivo e passivo, *condizionato* alle parziali rinuncie dei creditori, prese la forma di una *vendita*: il terzo figurava come compratore dell'attivo mediante il pagamento di un prezzo rappresentato da una *percentuale* dei crediti. Tale successione condizionata si chiamò pertanto *bonorum venditio*, e il successore *bonorum emptor*. Con la *venditio bonorum* si operava, in sostanza, la successione di una persona vivente, in base a una specie di finzione di morte; ciò spiega come essa portasse con sè l'*infamia*: e in verità sotto questo punto di vista il debitore sottoposto all'esecuzione patrimoniale non era colpito meno duramente di quello sottoposto all'esecuzione personale (1).

53. Per tal modo, con l'aggiunta della *bonorum venditio* alla *missio in possessionem*, il diritto pretorio creò una forma di esecuzione patrimoniale, in cui il soddisfacimento dei creditori era ottenuto ancora mediante la cooperazione del debitore, ma non più del debitore originario, bensì di un nuovo debitore a questi sostituito mediante una successione a titolo universale. Non siamo ancora giunti al concetto che il creditore possa soddisfarsi sui beni, e che perciò spetti a lui un diritto *sui beni*: sopravvive ancora il concetto che l'obbligazione crei solamente un rapporto personale, e in nessun modo un rapporto sui beni, e che la sola forma di sod-

(1) GAIO, IV, 154 " ut ignominia, quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat "; KELLER-WACH, *Civilprozess*, pag. 439 testo e nota 1056; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess*, II, pag. 680-687; DEGENKOLB, *Magister und curator*, pag. 170-171.

disfacimento possibile, sia il pagamento da parte del debitore (1). Ma un passo innanzi è fatto verso la concezione dell'obbligazione come di un rapporto non solamente personale, ma anche reale, o per meglio dire come di un rapporto personale, a cui è connesso necessariamente un rapporto reale sul patrimonio. La successione del *bonorum emptor* era evidentemente una finzione, comodo spediente consueto alla tecnica giuridica del pretore romano: uno spediente atto a mantenere in piedi il concetto dell'obbligazione come rapporto puramente personale, e a conseguire il risultato *pratico* del soddisfacimento sul patrimonio senza la cooperazione del debitore. Ma quel concetto tuttavia perdurante, e costituente ancora la base dell'istituto, non va dimenticato da chi voglia intendere il significato di questa forma di esecuzione patrimoniale. La quale non presuppone punto la insolvenza del debitore; è, invece, una procedura normale, applicabile al caso di solvenza come al caso di fallimento. Si tratti pure di un solo debito, di piccolo valore, la procedura è sempre la stessa (2): è una esecuzione generale, che comprende tutto il patrimonio, e quindi di necessità una procedura universale, condotta a favore di tutti i creditori; è ben naturale inoltre che una successione a titolo universale, come comprende tutti i beni, così comprenda tutti i debiti, e che perciò tutti i creditori siano ammessi, nei limiti della percentuale, a far valere i loro diritti.

54. Detto così dell'origine e dei concetti informatori della esecuzione patrimoniale nel diritto classsico, ci è possibile far più breve discorso intorno alle varie fasi e alle particolarità del procedimento. Una ricostruzione esatta della procedura classica della *bonorum venditio* è, in realtà, còmpito non agevole, giacchè, come fu giustamente osservato (3), nei testi delle Pandette si trovano, l'uno sull'altro sovrapposti, due sistemi: quello più antico della *bonorum*

---

(1) Questa particolarità della primitiva esecuzione patrimoniale è bene accennata dal Bonfante, *Dir. rom.*, pag. 500. Di solito invece si considera la *bonorum venditio* come una esecuzione diretta al soddisfacimento: v. per es. Sohm, *Institutionen*, 8ª e 9ª ed., Leizig, 1899, pag. 280-281.

(2) Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 672.

(3) Degenkolb, *Magister und curator*, pag. 161.

venditio, e quello, più recente, della *bonorum distractio*: mentre i frammenti originari dei giureconsulti espongono il vecchio sistema, i testi delle Pandette si riferiscono al nuovo; e la conseguenza è, che noi non possiamo farci un'idea complessiva esatta nè del vecchio, nè del nuovo sistema, nè del modo con cui l'uno all'altro si contrappone.

Il procedimento si apriva con una domanda (*postulatio*) del creditore, il quale allegava i fatti, che secondo l'editto davano luogo alla *missio*: il giudicato, la confessione, la *latitatio*, l'assenza o, in genere, l'*indefensio*. Il pretore, dopo un esame sommario, che non implicava una vera *causae cognitio*, accordava la *missio*, con riferimento all'editto (*ex edicto*), ossia sotto condizione che realmente sussistessero le condizioni volute dall'editto (1). Questa specie particolare di *missio* era designata col nome di *missio in possessionem rei servandae causa*, forse in ricordo della sua prima applicazione al debitore latitante e al suo primitivo carattere di semplice mezzo di coazione della volontà. Di solito con la *missio in possessionem* era autorizzata anche la *bonorum venditio* (2); ma in taluni casi, specie quando si trattava di un pupillo non rappresentato o di un assente per affari pubblici, si concedeva solo la *missio* e non la vendita (3): in questi casi la *missio* funzionava ancora come semplice mezzo di coazione della volontà. La *missio* chiesta da

---

(1) Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 438 testo e nota 1051; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 673; Vainberg, *Faill.*, pag. 106 e segg.; Scialoja, *Proc. civ. rom.*, pag. 307; Lenel, *Edictum perp.*, pag. 397. La dottrina più antica riteneva necessaria la *causae cognitio*: Zimmern, *Actions*, pag. 245; Tambour, *Voies d'exécutions*, I, pag. 156 e segg.

(2) *Lex Rubria de Gallia Cisalpina* (705-712) (Bruns, *Fontes*, pag. 98; Riccobono e Baviera, *Fontes*, I, pag. 135), XXII, 45 " praetorque isve quei de eis rebus Romae iure deicundo praerit, in eum et in heredem eius de eis rebus omnibus ita ius deicito decernito eosque duci, *bona eorum possideri proscreibei veneireque iubeto* "; l. 7, § 1, *quibus ex causis* 42, 4 " possideri vendique iubeto ". Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 674; Girard, *Man. elem.*, pagina 1061.

(3) Tabula Heracleensis (*Lex Julia municipalis*, a. 709) (Bruns, *Fontes*, pagina 104; Riccobono e Baviera, *Fontes*, pag. 109) " praeterquam sei quoius, quom pupillus esset reive publicae caussa abesset, neque dolo malo fecerit, quo magis rei publicae caussa abesset, bona possessa proscriptave sunt, erunt ". Cfr. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 674; Girard, *Man. elem.*, pag. 1061; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 400.

un creditore singolo, profittava a tutti i creditori: era, come si esprime il giureconsulto, concessa " non tam personae solius petentis, quam creditoribus et in rem „ (1).

La *missio* investiva i creditori non di un vero possesso giuridico, ma della " custodia et observatio „ dei beni, come dicono le fonti (2), ossia della semplice detenzione, che taluni scrittori qualificano come un compossesso del creditore col debitore (3). L'effettiva immissione non avveniva con l'ausilio della pubblica autorità, ma procedeva il creditore privatamente, segno questo del persistente carattere privato della procedura (4). Di fronte ai terzi il creditore era tutelato mediante una *actio in factum*, e probabilmente anche mediante l'interdetto " ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit „ (5).

Con la *custodia* e l'*observatio* spettava al creditore o ai creditori anche l'*amministrazione* del patrimonio. Potevano perciò i creditori dare in affitto i beni, realizzare i frutti, e cessata la *missio*, doveva il debitore rispettare i contratti da essi conclusi a questo scopo (6): se i creditori erano più e non si accordavano su chi

---

(1) L. 12 pr. *quibus ex causis*, D. 42, 4: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pagina 678; Keller-Wach, *Civilproz.*, pag. 438 testo e nota 1052: Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 5; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 307; Girard, *Man. élém.*, pag. 1061.

(2) L. 3, § 23 *de adq. vel am. posses.*, D., 41, 2 " non possessionem, sed custodiam rerum et observationem rerum concedit „. Cic., *pro Quinctio*, XXVII, 84: " Qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessionem esse oportere, quod ibidem custodire poterunt, id ibidem custodiant „. Cfr. Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 391 testo e nota 904; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 674-675; Lenel, *Edictum perp.*, pag. 407.

(3) L. 15 pr. *ut in poss. leg.*, D., 36, 4: " nec tam possessio rerum ei, quam custodia datur. Neque enim expellendi heredem ius habet, sed simul cum eo possidere iubetur „. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 675.

(4) Bethmann-Hollweg, *Civilprozess*, II, pag. 676; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 7.

(5) Bethmann-Hollweg, *Civilproz.*, II, pag. 675-676; Keller-Wach, *Civilproz.*, pag. 394 testo e nota 915; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 6.

(6) Ulpianus, lib. 61, *ad edictum*, l. 8, §§ 1-3, *de reb. auct. iud. poss.*, D., 42, 5 " Si quis fructus ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem praedii missus est, vendere vel locare debet; sed hoc ita demum, si ante neque venierit, neque locatus erit... De ceterarum quoque rerum fructibus idem erit dicendum, ut si qui locari possint, locentur, puta mercedes

delegare alla conclusione dei contratti, la scelta era deferita al pretore (1). I creditori avevano diritto di impossessarsi dei libri e delle carte del debitore, la cui conservazione era anche affidata, se i creditori erano più, ad uno di essi (2). I creditori immessi erano responsabili dei danni cagionati con dolo ai beni amministrati (3), e potevano ripetere le spese sostenute per l'amministrazione (4).

La somma di queste facoltà spettanti ai creditori dopo la *missio* viene dalle fonti designata come una specie di pegno, un *pignus praetorium* (5). Questa concezione dei giureconsulti era, come si di-

---

servorum vel iumentorum, ceterorumque, quae possunt locari. De tempore locationis nihil praetor locutus est, et ideo liberum arbitrium creditoribus datum videtur quanto tempore locent, quem admodum illud est in arbitrio eorum, vendant vel locent, scilicet sine dolo malo; ex culpa autem rei non fiunt „. Cfr. SEUFFERT, *Zur Geschichte*, pag. 3 e segg.; LENEL, *Ed. perp.*, pag. 407. Vedi anche SOLAZZI, *De fructu praediorum vendendo locandove*, negli " Scritti in onore di V. Scialoia „, I, pag. 665 e segg., il quale osserva giustamente che tutto ciò presuppone che la *missio* si prolunghi oltre i termini indicati da GAIO.

(1) ULP., l. 61, *ad edictum*, l. 8, § 4, h. t. " Si unus sit, qui possideat bona, expeditum erit de locatione; quod si non unus, sed plures sint, quis eorum debeat locare vel vendere, quaeritur. Et si quidem convenit inter eos, expeditissimum est; nam et omnes possunt locare et uni hoc negotium dare; si vero non convenit, tunc dicendum est praetorem causa cognita eligere debere, qui locet vel vendat „. V. SEUFFERT, *Zur Geschichte*, pag. 9; SOLAZZI, *op. cit.*, pag. 667, sospetta però, non senza ragione, che questo fr. sia interpolato.

(2) ULP., l. 62, *ad edictum*, l. 15 h. t.

(3) ULP., l. 62, *ad ed.*, l. 9 pr. h. t.: " Praetor ait, si quis, cum in possessione bonorum esset, quod eo nomine fructus ceperit, ei, ad quem ea res pertinet, non restituat: sive quod impensae sine dolo malo fecerit, ei non praestabitur: sive dolo malo eius deterior causa possessionis facta esse dicetur, de ea re iudicium in factum dabo. Quod de fructibus ait, etiam de caeteris, quaecumque ex ea re debitoris pervenerunt, intelligendum est „. Cfr. SEUFFERT, *Zur Geschichte*, pag. 10; LENEL, *Ed. perp.*, pag. 408.

(4) ULP., l. 62, *ad ed.*, l. 9, § 4 h. t.

(5) ULP., l. 3 *disp.*, l. 26 *de pign. act.*, 13, 7 " Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, *pignus constitui*, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre saepissime rescripsit. 1. Sciendum est, ubi iussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem „. ULP., l. 35, *ad edictum*, l. 3, § 1 *de reb. eor. qui sub tut.*, 27, 9 " Sed et in possessionem

rebbe oggi, una " costruzione „, che se non rispondeva esattamente alle origini e allo scopo dell'istituto (poichè, da questo punto di vista, la *missio* è da considerare piuttosto come un mezzo di coazione della volontà), sintetizzava però molto bene la *forma* che, come mezzo di coazione, la *missio* aveva assunta, specie considerata in relazione all'effetto pratico della successione operata dalla *bonorum venditio*. Gli effetti reali della *missio*, il fine ultimo a cui tende, cioè il soddisfacimento dei creditori, la facoltà, che essa conferisce, di alienare i beni con un procedimento, che se non è, sostanzialmente, una vendita, ne assume nonpertanto le forme, tutto ciò dà all'istituto un atteggiamento esteriore tale, da giustificare l'assimilazione al pegno (1). Il ricordo della originaria concezione doveva, del resto, già ai tempi dei giureconsulti classici, essersi affievolito: la costruzione della *missio* come costituzione di un pegno dovette affievolirlo sempre più e facilitare il passaggio ai sistemi esecutivi posteriori, del *pignus in causa iudicati captum* e della *bonorum distractio*, in cui il processo esecutivo romano, compiendo il suo ciclo di evoluzione, appare trasformato da mezzo di coazione della volontà, in esecuzione sui beni diretta al soddisfacimento.

Di solito l'amministrazione dei beni posseduti era molto semplice e di breve durata, perchè il possesso non durava che *trenta giorni* se il debitore era vivo, e *quindici* se defunto (2). Ma qualora il possesso avesse dovuto prolungarsi (come nei casi in cui il pretore concedeva la *missio* senza la facoltà di vendere), o qualora si fosse dovuto procedere ad atti conservatori complessi ed urgenti, e forse anche qualora tra i creditori fossero sorti dissensi circa

---

mitti rerum pupillarium a praetore quis potest *et ius pignoris contrahitur* „. HERMOGENIANUS, libro 4, *iuris epitomarum*, l. 11, § 1 *ut in poss.*, 36. 4 " Si rei servande causa in possessionem missus esset proprius creditor heredis et rei per fidei commissum mihi relictae adeptus fuerit, nihil me per eum laedi oportere convenit, non magis quam si ab ipso herede eam rem *pignori* accepisset „. V. anche l. 4, *qui potiores*, C. 8, 17; l. 2, *de praet. pign.*, C. 8, 21; l. 2, *qui potiores*, C. 8, 17. SEUFFERT, *Zur Geschichte*, pag. 20 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, pag. 676; DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 407; TAMBOUR, *Voies d'exécution*, I, pag. 176-177.

(1) DERNBURG, *Pfandrecht*, I, pag. 408; SEUFFERT, *Zur Geschichte*, pag. 46.

(2) GAIO, III, 79 " Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi; si vero mortuorum, per dies XV „.

il modo e le forme dell'amministrazione, il pretore poteva, su domanda della maggioranza dei creditori, nominare un *curatore*, a cui spettava di far tutto ciò che fosse necessario per la custodia, la conservazione e la reintegrazione del patrimonio (1).

L'immissione in possesso e il possesso stesso per tutta la sua durata, dovevano essere resi pubblici mediante la *proscriptio*, la quale seguiva mediante l'affissione di avvisi (*libelli*) nei luoghi più frequentati della città (2). Lo scopo di tale pubblicità era duplice: da una parte permettere ai creditori non comparsi di farsi innanzi e di partecipare alla *missio*, dall'altra dar modo al debitore di presentarsi, se assente o fuggitivo, e ai suoi parenti ed amici di intervenire a favore di lui: nel che si manifesta il carattere di mezzo di coazione della volontà, che permane ancora in tutto il procedimento. La stessa più lunga durata stabilita per il possesso e la *proscriptio*, nel caso di *missio* sui beni di una persona vivente,

---

(1) *Lex agraria*, a. 643 (Bruns, *Fontes*, pag. 74; Riccobono e Baviera, *Fontes*, pag. 86, v. 56: " utei curator eius profiteatur, item utei ex eo edicto, utei is, quei ab bonorum emptore magistro curatoreve emerit „; Paulus, l. 59, *ad edictum*, l. 14 pr. *de reb. auct. iud. poss.*, 42, 5: " Creditore in possessionem rerum debitoris misso, curator constitui debet, si quaedam actiones periturae sunt „; Ulp., l. 60, *ad ed.*, l. 8, *quib. ex causis*, 42, 4: " ... et si ita res urgueat vel condicio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur „. V. anche l. 6, § 2 *quib. ex caus.*, D. 42, 4; l. 1, § 1 *de cur. bon.*, D. 42, 7. Cfr Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 676; Tambour, *Voies d'exéc.*, I, pagina 184 e segg.; Degenkolb, *Magister u. Curator*, pag. 163-164, 174 e segg.; Armuzzi, *Il magister ed il curator della bonorum venditio*, nell' " Arch. giur. „, LXXII (1904), pag. 496 e segg.; Solazzi, *L'editto de fructu praediorum*, pagine 670-671; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 417-418. Circa il modo di nomina, la collaborazione dei creditori è dovuta probabilmente a una pratica, ricordata da Ulp. (l. 65, *ad ed.*; l. 2 pr. 42, 7) " de curatore constituendo *hoc iure utimur*, ut praetor adeatur, isque curatorem curatoresque constituat ex consensu maioris partis creditorum „. V. su questo punto: Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 185; Degenkolb, *Magister u. Curator*, pag. 174 e segg.; Armuzzi, *Il magister e il curator*, pag. 499 e segg.; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 419.

Sulla condizione giuridica del *curator* v. Ulp., l. 65, *ad ed.*, l. 2, § 1 h. t. " quaeque per eum eosve, qui ita creatus creative essent, acta facta gestaque sunt, rata habebuntur, eisque actiones, et in eos utiles competunt; et si quidem curatores mitterent ad agendum vel defendendum, uti ius esset „. Cfr. Armuzzi, pag. 503 e segg.; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 419.

(2) Cic., *pro Quinctio*, 15 " cuius bona ex edicto possidentur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur „. V. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 677.

è prova che *proscriptio* tende anche a premere sulla volontà del debitore e dei terzi disposti a intervenire a favore del debitore: se si tratta di un vivo vi è sempre speranza che si presenti e paghi, e vi è anche maggior speranza che taluno intervenga per lui.

55. Scorso il termine di trenta o di quindici giorni, stabiliti per il possesso e la pubblicità, il pretore, mediante un nuovo decreto, ordinava la convocazione dei creditori, i quali dovevano nominare nel loro seno un *magister*, con l'incarico di procedere alla *bonorum venditio* (1). Si trattava, in verità, di un incarico delicato e importante e spesso anche assai complicato. Con la *bonorum venditio*, abbiamo detto, si investiva un terzo (*bonorum emptor*) della successione a titolo universale del debitore: ed è naturale che il terzo non assumesse questa spesso onerosa qualità senza *condizioni*: e precisamente senza la condizione che i creditori rinunciassero ad esigere da lui una parte dei loro crediti, nel caso possibile e frequente, che il passivo del patrimonio eccedesse l'attivo. Il terzo, si comprende, non doveva perdere, anzi, doveva guadagnare qualcosa nell'accollarsi la successione del debitore. Ma determinare queste condizioni, cioè determinare a quale percentuale dovessero ridursi i crediti di fronte al successore, importava conoscere esattamente lo stato attivo e passivo del patrimonio, e quindi procedere all'inventario dei beni, alla verificazione dei crediti e via dicendo, tutte operazioni di un certo rilievo, che toccava al *magister* eseguire. Il quadro, contenente lo stato esatto, attivo e passivo del patrimonio, con l'indicazione dei singoli beni e dei singoli crediti, dei privilegi e delle cause di prelazione, costituiva ciò che veniva chiamato di solito *lex venditionis*, che doveva, probabilmente, essere approvata dai creditori (2), pubblicata, e in base alla quale si procedeva ai pubblici incanti, per l'aggiudicazione del patrimonio a chi pretendesse la minima riduzione

---

(1) GAIO, IV, 79 " postea iubet (sc. praetor) convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, idest eum, per quem bona veneant ".

(2) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, pag. 680; KELLER-WACH, *Civilpr.*, pagina 440 testo e nota 1058; TAMBOUR, *Voies d'exécution*, I, pag. 214 e segg.; VAINBERG, *Faill.*, pag. 279 e segg.; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 309; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 1062.

dai creditori, o, il che fa lo stesso, offrisse loro la più alta percentuale. Tutto questo lavoro di preparazione doveva, di necessità, assorbire un certo tempo, e perciò i dieci giorni che Gaio afferma dover intercedere tra la nomina del *magister* e la *venditio* (ridotti alla metà nel caso di vendita dei beni d'un morto) rappresentano evidentemente un termine minimo, un termine *dilatorio*, stabilito a vantaggio del debitore (1). Se oltre questo cómpito di preparare la vendita, il *magister* ne avesse altri, e specialmente quello di amministrare i beni, nel caso che, prolungandosi le operazioni preliminari della vendita, si prolungasse la *possessio* dei creditori, è questione assai dubbia e di difficile soluzione, allo stato delle fonti. Ma è forse più probabile che l'ufficio del *magister* non si limitasse alla preparazione della vendita, come ritiene l'opinione dominante (2), ma comprendesse anche l'amministrazione dei beni: altrimenti dovrebbe ammettersi che, prolungandosi le operazioni preliminari della vendita, dovesse perdurare in ufficio, accanto al *magister*, anche il *curator*, con un intreccio di funzioni, di cui dovremmo pur trovare qualche traccia nelle fonti (3).

L'aggiudicazione dei beni (*addictio*) era fatta, sulla base della *lex venditionis*, dopo pubblico incanto (4), a chi avesse offerto la più alta percentuale (5). L'acquirente, *bonorum emptor*, diveniva per tal modo successore a titolo universale del debitore, mediante

---

(1) Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 440, nota 1058; Dernburg, *Emptio bonorum*, pag. 128.

(2) Dernburg, *Emptio bonorum*, pag. 132; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 13; e di recente Armuzzi, *Magister*, pag. 490 e segg.

(3) Degenkolb, *Magister u. Curator*, pag. 165 e segg.; e Lenel, *Ed. perp.*, pag. 410.

(4) Cic., *pro Quinctio*, 15: " de quo homine praeconis vox praedicat et pretium conficit „; *in Verr.*, II, 19 " auctio facta est „. V. specialm. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 682.

(5) Gaio, II, 155: " Pro hoc tamen incommodum illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem, sive postea, ipsi reserventur, et quamvis *pro portione* bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient...; cum ceterorum hominum, quorum bona venierint *pro portione*, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire solent „. V. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pagina 682; Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 441 testo e nota 1059; Vainberg, *Faill.*, pag. 279-280.

una finzione di morte, che gli attribuiva la qualità di erede (1). Come successore, egli acquistava i beni nella loro universalità, e diventava debitore del passivo conformemente alle condizioni risultanti dall'asta. Ma tutto l'istituto essendo una creazione del pretore, anche la successione che si operava con l'*addictio* era una successione pretoria: la condizione giuridica del *bonorum emptor* si regolava perciò secondo il diritto pretorio e precisamente a similitudine della condizione del *bonorum possessor* nella eredità pretoria. Egli non acquistava la proprietà quiritaria dei beni, ma una semplice proprietà pretoria difesa da un *interdictum possessorium* analogo all'*interdictum quorum bonorum* dato al *bonorum possessor* (2). Contro i debitori del patrimonio gli erano date *azioni utili*, in una doppia forma. Poteva egli agire come finto erede del debitore con un'azione, che le fonti chiamano *Derviana*: poteva anche, secondo una formula introdotta dal pretore Rutilio, agire come rappresentante giudiziario del debitore, con una azione, la cui *intentio* si riferisce alla persona del debitore e la *condemnatio* alla persona del *bonorum emptor* (*actio Rutiliana*) (3). Ma, nell'agire

---

(1) Il concetto che la successione del *bonorum emptor* si ricolleghi ad una finzione di morte del debitore, è in più luoghi affermato dalle fonti giuridiche e non giuridiche. Non soltanto si dice che il *bonorum emptor* agisce come finto erede (Gaio, IV, 35 v. pag. 146 nota 2), ma la vendita è paragonata alla morte, e il procedimento che vi conduce, a un funerale. Cic., *pro Quinctio*, 15: " cui magistri fiunt et domini costituuntur: *qui qua lege et qua conditione pereat*, pronuntient... huic acerbissimum vivo videntique funus indicitur; si funus id habendum sit, quo non amici conveniunt ad exsequias cohonestandas, sed bonorum emptores ut carnifices ad reliquias vitae lacerandas et distrahendas ". V. anche Paulus, lib. 32, *ad edictum*, fr. 65, § 12, *pro socio*, 17, 2 " Publicatione quoque distrahi societatem diximus. Quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur: nam, cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur ".

(2) Gaio, III, 80-81 " Neque autem bonorum possessorum, neque bonorum emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur: ex iure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperint... Item quae debita sunt [ei cui fuerunt bona] aut ipse debuit, neque bonorum possessor, neque bonorum emptor ipso iure debet, aut ipsis debentur ". Cfr. Keller-Wach, *Civilpr.*, pagina 443; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 683; Scialoja, *Proc. civ. rom.*, pag. 310.

(3) Gaio, IV, 35: " Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit: sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione, convertit condamnationem in suam personam, id est ut quod

contro i terzi debitori del patrimonio, il *bonorum emptor* doveva dedurre i crediti che essi avessero avuto verso il patrimonio (*agere cum deductione*): tra la compensazione ordinaria e questa deduzione correvano importanti differenze, in quanto la deduzione contro il *bonorum emptor* aveva luogo anche per crediti di natura diversa, e per crediti non ancora scaduti, e si operava solo nella *condemnatio*, non anche nella *intentio* (1). La deduzione, ad ogni modo, si faceva per l'ammontare della percentuale pattuita, non per l'ammontare integrale del credito del terzo (2). Contro il *bonorum emptor* erano concesse ai creditori del patrimonio azioni utili per il pagamento della percentuale. I terzi poi, aventi diritti reali sui beni del debitore, potevano certamente farli valere anche dopo l'*addictio* (3).

Malgrado la *bonorum venditio*, il debitore non rimaneva liberato: egli rispondeva ancora di quella porzione che i creditori non avessero potuto riscuotere dal *bonorum emptor*, e per questo residuo si poteva sempre procedere contro di lui a una nuova *bonorum venditio*, qualora egli avesse acquistato nuovi beni: solamente, durante l'anno che segue la vendita, i creditori non possono agire contro di lui *ex ante gesto*, che *in id quod facere potest* (4).

56. Questo sistema era completato da una serie di disposizioni date dal pretore contro le fraudolenti diminuzioni di patrimonio operate dal debitore. I mezzi giuridici che a ciò servivano

---

illius esset vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur „. V. specialm. Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, pag. 684; Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 220 e segg.; Vainberg, *Faill.*, pag. 283 e segg.; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 311; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 411-412, 417.

(1) Gaio, IV, 65-69 " Item bonorum emptor cum deductione agere iubetur, id est ut in hoc solum adversarius eius condemnetur, quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet..... Deductio vero ad condemnationem ponitur „. V. Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 311-312; Lenel, *Ed. perp.*, pag. 412.

(2) Contra Keller-Wach, pag. 444.

(3) L. 24, § 2-3, *de reb. auct. iud. poss.*, D., 42, 5.

(4) Gaio, II, 155. V. circa il *benef. comp.*, Girard, *Man. elem.*, pag. 1062, nota 5 e Lenel, *Ed. perp.*, pag. 415-416.

nel diritto classico, a quanto si può desumere dai testi delle Pandette, nei quali i compilatori li unificarono in uno solo, erano diversi, di diverso nome e di varia natura. Identificare questi diversi mezzi, stabilirne la natura, delimitarli gli uni dagli altri, stabilirne il rapporto cronologico, ecco una serie di problemi che da secoli affaticano la scienza romanistica e che, probabilmente, allo stato delle fonti, non è possibile risolvere neppure con approssimativa sicurezza. Infatti, nelle Pandette noi troviamo menzionati: nella l. 38, § 4, *de usuris*, D, 22, 1, un'*actio pauliana* " per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur „; nella l. 1 pr., *quae in fraudem credit.* D. 42, 8, un editto, con cui si concedeva azione al *curator bonorum* " de his.... quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit „; nella l. 10 pr., *quae in fraudem* D, 42, 8, un altro editto con cui il pretore " quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas „. Infine, nelle Istituzioni di Giustiniano, § 6, IV, 6, troviamo ricordato l'istituto nei termini seguenti: " Item, si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse „. Che i compilatori abbiano largamente rimaneggiato questi ed altri passi, riferentisi alla revoca, è fuori di dubbio, come oramai nessuno più dubita che l'abbiano fatto allo scopo di fondere in un solo i varî mezzi revocatori del diritto classico (1).

(1) Già chiaramente Rudorff, *Ueber die Rutilische Concursordnung und das fraudatorische Interdict*, nella " Zeitschrift für Rechtsgeschichte „, VIII (1869), pag. 97-98; e inoltre: Grützmann, *Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger*, Leipzig, 1882, pag. 11, nota 44; Dernburg, *Pand.*, II, § 144; Solazzi, *La revoca degli atti fraudolenti*, Roma, 1902, pag. 34 e segg.; *La revoca degli atti fraudolenti del debitore nel diritto romano classico*, nel " Bull. dell'Istituto di dir. rom. „, XV (1902), pag. 128; Girard, *Man. elem.*, pag. 436, nota 2; Lenel, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen röm. Recht*, in " Strassburger Festgabe für Schultze „, 1903, pag. 1 e segg.; *Das edictum perpetuum*, pag. 424 e 476; Riccobono, in Riccobono e Baviera, *Fontes*, pag. 197, nota 10.

Ma, principalmente in questi frammenti, la revisione non è stata nè così radicale, nè così accorta da non lasciar trasparire la molteplicità e diversità dei mezzi primitivi. Donde i numerosi tentativi di ricostruire il diritto classico attraverso queste traccie da esso lasciate nella compilazione giustinianea. Io non starò qui a riferire le innumerevoli congetture fatte a questo proposito (1). Le dottrine oggi più accreditate sono due. Secondo la prima, i mezzi revocatori del diritto classico sarebbero stati principalmente, se non esclusivamente: l'*actio pauliana*, ricordata nella l. 38, § 4 *de usuris*, che sarebbe poi l'azione del I editto, quello riferito nella l. 1 pr., *quae in fraudem*; e l'*interdictum fraudatorium*, promesso nel II editto, della l. 10 pr., 4, t. L'*actio pauliana* sarebbe una azione personale, di carattere penale, esercitabile tanto contro il *fraudator*, quanto contro il complice della frode; l'*interdictum* avrebbe carattere reipersecutorio e si potrebbe, naturalmente, esercitare solo contro il *fraudator* (2). Secondo un'altra dottrina, i mezzi principali sarebbero invece: l'*interdictum fraudatorium*, della l. 10, accordato ad ogni creditore; e la *restitutio in integrum*, a cui si riferirebbe la l. 1 pr.; l'azione arbitraria data in seguito all'interdetto sarebbe l'*actio pauliana* ricordata nella l. 38 *de usuris*, mentre l'azione rescissoria susseguente alla *in integrum restitutio*, sarebbe l'azione ricordata nelle Istituzioni (3).

---

(1) Letteratura più antica in Schey, *Zur Geschichte der Actio pauliana und des Interdictum fraudatorium*, nella " Zeitschr. für Rechtsgeschichte ", XIII (1874). pag. 120; v. inoltre Serafini E., *La revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, Pisa, 1887-1889, I, pag. 4 e segg. (dove è una rivista molto completa delle dottrine); Dernburg, *Pand.*, § 144; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, 1895-1902, II, pag. 1040 e segg.; Solazzi, *La revoca*, Roma, 1902 e *La revoca degli atti fraud. nel diritto romano class.*, " Bull. ", XV, pag. 127 e segg.; Lenel, *Anfechtung*, pag. 1-24; *Ed. perp.*, pagine 419-427; 475-481; Girard, *Man. elem.*, pag. 436-442.

(2) Dottrina esposta largamente dal Solazzi, nel volume su la *Revoca* cit. e difesa vigorosamente nella mon. *La revoca nel dir. rom. classico* cit. (v. note prec.). Cfr. anche lo scritto *Sull'editto de fructu praediorum vendendo locandove*, negli " Studi in onore di V. Scialoia ", I, pag. 665 e segg. Questa teoria è ora accolta da Girard, *Man. elem.*, pag. 436 e segg.

(3) Questa teoria è dovuta al Lenel, che la espose per la prima volta nell'edizione francese dell'*Editto perpetuo*: v. Lenel, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, Paris, 1901-1903, II, pag. 177-183; 245-248; vi ritornò nello scritto; *Die Anfechtung von Rechtshandlungen*, in " Festgabe für Schultze ", pag. 1-24:

57. In questa discrepanza di opinioni, un punto è oramai fuori di discussione: l'esistenza di un *interdictum fraudatorium*, che è quello appunto di cui si occupa il II editto, della l. 10 pr. L'interdetto era destinato a far ottenere ai creditori il possesso delle cose fraudolentemente uscite dal patrimonio, e perciò ad estendere la *missio* anche ai beni fraudolentemente alienati: in sostanza, era necessario e logico complemento della *missio*. Che, oltre all'interdetto, sia stata, in origine, concessa ai creditori un'azione penale, non è da escludersi, anzi è verosimile, perchè la *fraus creditorum* dovette essere considerata come un delitto, almeno in origine: ma bisogna confessare che di quest'azione non sono restate tracce sicure nelle fonti, se si toglie l'accenno della l. 25, § 1, h. t., relativa all'interdetto, in cui si afferma che questo mezzo giuridico era dato " rei restituendae gratia, non poenae nomine ", facendo pensare all'esistenza di un altro mezzo giuridico, che fosse dato appunto *poenae nomine*. Ma anche il I editto della l. 1 pr. e tutti i frammenti ad esso relativi si adattano assai più ad una *in integrum restitutio* che ad un'azione penale. Salvo infatti l'*actionem dabo* dell'editto, evidentemente interpolata, nella parte principale del commentario di Ulpiano, come ha osservato benissimo il Lenel, non si parla mai dell'appartenenza di un'azione, ma solo dell'applicabilità dell'editto: le espressioni di cui si serve il giureconsulto sono: " edictum locum habere " " ad hoc edictum pertinet " " pertinet edictum ad eos " " cessare hoc edictum ", e quando egli parla di un' " actio " (come nella l. 6, § 11, 13) non spiega più l'editto, ma risolve casi non contemplati in questo, e precisamente il caso dell'acquirente di buona fede. Ma se l'editto non prometteva un'azione, non poteva evidentemente promettere che una " restitutio in integrum ", come si desume dal § 6 de act. Inst. 4, 6, uno dei passi più vessati e di più difficile interpretazione in questa materia. Quanto è poco a posto un'azione, nei frammenti a cui accenniamo, tanto invece è a posto una *restitutio in integrum*. Il mezzo del 1° editto non spettava che al *curator bonorum*, giacchè le parole " vel ei cui de ea re actionem dare oportebit " furono

---

e la completò, difendendola contro la critica del Solazzi, nella 2ª ed. tedesca dell'*Editto perpetuo*: *Das ed. perp.*, pag. 419-427; 475-481. La dottrina del Lenel è ora accolta da Riccobono, *Fontes*, pag. 297, nota 10 e 306 nota *d*.

aggiunte dai compilatori per dare a tutti i creditori il nuovo mezzo giuridico da essi creato: ora è ben logico che la *restitutio*, la quale aveva per iscopo di rimettere le cose in pristino, come se l'atto fraudolento non fosse stato compiuto, e non già di procurare una prestazione, spettasse a tutta la collettività, rappresentata dal curatore e non al creditore singolo. Benchè l'editto promettesse non un'azione, ma una *restitutio*, si capisce però che dalla *restitutio* potesse nascere un'azione, e propriamente un'azione rescissoria, basata sulla restituzione: la *restitutio*, rimettendo le cose in pristino, permette di esercitare come azioni fittizie, " rescissa alienatione vel liberatione ", quelle azioni che si sarebbero esercitate se l'atto fraudolento non fosse stato compiuto. Appunto un'azione derivante dalla *restitutio*, e precisamente un'azione *in rem* " rescissa alienatione " è l'azione del § 6 Inst. " item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, idest dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse ". Questo passo, tolto forse dalle Istituzioni di Marciano, è stato rimaneggiato dai compilatori per adattarlo al diritto vigente giustinianeo: si parla di " traditio " invece che di " mancipatio ", di " sententia praesidis " invece che di " sententia praetoris ", si sostituiscono i creditori al *curator*, ma, sostanzialmente, si ammette una specie di *rei vindicatio utilis* per i beni fraudolentemente alienati, " rescissa mancipatione ", che non può derivare, secondo i concetti del diritto classico, se non da una " in integrum restitutio " (1). Contro questa congettura del LENEL, che il mezzo del 1° editto, così come quello richiamato dal § 6 Inst., sia una " in integrum restitutio " sono state sollevate difficoltà certamente serie, ma non forse insuperabili (2). Si è detto che il mezzo del 1° editto era concesso anche contro il *fraudator*, e che una " in integrum restitutio " contro il " fraudator " non è concepibile. Ma la necessità di rivolgersi anche contro il " fraudator " esiste, quando i beni fraudolentemente alienati

---

(1) Cfr. LENEL, *Ed. perp.*, pag. 420 e segg.

(2) SOLAZZI, *La revoca nel dir. rom. classico*, nel " Bull. dell'Ist. di dir. rom. ", XIV (1902), pag. 127 e segg.; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 439, nota 2, e pag. 441, nota 1.

siano rimasti tuttavia in possesso del debitore. Si è detto che una " in integrum restitutio „ che faccia acquistare ai creditori la proprietà delle cose alienate, non è possibile, perchè, lungi dal rimettere le cose in pristino, essa darebbe ai creditori un diritto, la proprietà, che essi prima non avevano punto. È vero che con la " in integrum restitutio „ il creditore otteneva (in caso di alienazione fraudolenta) la restituzione della *rei vendicatio* perduta dal " fraudator „, ch'egli esercitava, come *rei vendicatio utilis*, per acquistare il possesso della cosa alienata: ma questo era un risultato reso necessario dalla inammissibilità della rappresentanza diretta, e che si verificava non solo per la *rei vendicatio*, ma per tutte le azioni, anche personali, spettanti al debitore: il *curator* le esercitava tutte come *azioni utili*: s'intende poi che il pretore limitava l'esercizio del diritto formalmente acquistato, perchè il *curator* se ne servisse al solo scopo per il quale fu concesso, cioè per il soddisfacimento dei creditori. Si è detto, inoltre, che questo sarebbe l'unico caso di *restitutio*, promessa all'infuori del titolo dell'editto: *de in integrum restitutionibus*. Ma è facile osservare che le manchevolezze sistematiche sono troppo frequenti nell'editto perchè possa una nuova deficienza di tal genere costituire un argomento insuperabile. Infine si è detto che la l. 7 *quae in fraudem* depone contro l'ipotesi di una *in integrum restitutio*, perchè essa stabilisce un principio contrario alle regole della *restitutio*; che cioè il compratore sciente della frode deve restituire il fondo senza poter ripetere il prezzo, mentre la *restitutio*, rimettendo le cose *in pristinum*, doveva far riacquistare anche al compratore il prezzo sborsato. Ma si può osservare, che, secondo ciò che ci attesta il fr., non si tratta affatto di una disposizione dell'editto, ma solo di una decisione ammessa, per ragioni di equità, da Proculo, e sanzionata da rescritti imperiali: insomma di un principio equitativo sorto posteriormente, da cui non si può argomentare nulla circa la natura del mezzo promesso dall'editto (1).

Stabilito per tal modo che il mezzo dell'editto secondo è l'*interdetto*, e quello dell'editto primo la *in integrum restitutio*, rimane a vedere che cosa sia l'*actio pauliana* della l. 38, § 4, *de usuris*, D. 22. 1, che dette il nome a tutto l'istituto dalla revoca del

(1) Cfr. Lenel, *op. e loc.* cit.

diritto giustinianeo in poi: " In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum, nam et verbum restituas, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur ". Il riferimento all'interdetto è chiarissimo. E se pure, come è molto probabile, questo frammento di PAOLO (libro sexto ad Plautium) sia stato assai alterato dai compilatori, rimane sempre vero che il testo genuino doveva, in qualche modo, ricordare l'interdetto, perchè non è molto verosimile, che il riferimento all'interdetto sia stato introdotto di sana pianta dai compilatori, che pure avevano soppresso questo mezzo giuridico e l'avevano trasformato in una azione *in factum*. E poichè Paolo, nel luogo citato, trattava delle azioni personali, si presenta molto probabile la congettura del LENEL, che l'*actio pauliana* della l. 38 sia l'*actio arbitraria ex interdicto*. La quale (e un esempio analogo abbiamo nel giudizio derivante dall'interdetto possessorio, *iudicium cascellianum*) può aver meritato un nome proprio, sia per la sua importanza, sia per alcune particolarità della formula, che, fra l'altro, comprendeva anche i frutti, mentre, usando un termine generale, l'interdetto parlava di restituzione semplicemente. Fusi, da Giustiniano, tutti i mezzi revocatori del diritto classico in una sola *actio in factum*, è probabile che a questa sia stato dato dai bizantini il nome dell'*actio arbitraria ex interdicto*. Il che spiegherebbe come, mentre nella l. 38 è detta pauliana l'azione personale arbitraria *ex interdicto*, Teofilo, nella sua parafrasi delle istituzioni, chiami pauliana anche l'azione rescissoria reale susseguente alla *restitutio* (1). Contro questa ipotesi si è detto che la l. 38 non si può riferire all'*actio arbitraria ex interdicto*, perchè, secondo le ripetute attestazioni delle fonti, mediante l'interdetto si otteneva la restituzione dei soli frutti pendenti al momento dell'alienazione, mentre secondo la l. 38 i frutti si debbono restituire tutti (2). Ma, in verità, nel fr. in esame non c'è nulla di simile: vi si dice soltanto

---

(1) LENEL, *Edictum perpetuum*, pag. 424.

(2) SOLAZZI, *La revoca nel dir. rom. classico*, pag. 157 e segg.; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 439, nota 2.

che, malgrado la formulazione generica dell'editto, " fructus quoque restituuntur " : e quanto alla motivazione : " nam praetor id agit , et rel., essa, se pure è genuina, non importa punto necessariamente che si debbano restituire anche i frutti del tempo intermedio (1).

58. In conclusione, nel diritto classico, i mezzi principali concessi dal pretore contro gli atti fraudolenti del debitore (oltre, forse, un'azione penale, di cui rimane, nella compilazione giustinianea solo un ricordo), erano l'*interdictum fraudatorium*, probabilmente più antico, ma di portata più ristretta, e la *in integrum restitutio*, più recente, più ampia, applicabile a qualunque specie di diminuzione patrimoniale. Ambedue presuppongono un elemento obiettivo, una *diminuzione del patrimonio, da cui sia derivato un danno pei creditori*; e un elemento subiettivo, *consilium fraudis*, ossia la *volontà*, nel debitore e nel terzo, di produrre la diminuzione di patrimonio dannosa pei creditori. Il carattere dannoso della diminuzione di patrimonio posta in essere dal debitore rimane accertato quando la *missio in bona* non vale ad indurre il debitore al pagamento: ciò significa che il patrimonio è insufficiente ai debiti, e che il debitore non paga perchè non *può*, non già perchè non *vuole*; basta perciò il fatto della infruttuosa *possessio bonorum*, e non occorre arrivare fino alla vendita (2). Il *consilium fraudis* si risolve nella volontà di diminuire il patrimonio, accompagnato dalla *coscienza* dell'effetto dannoso, ossia dalla coscienza della insolvibilità conseguente alla diminuzione. Per il terzo questa volontà non è necessaria, secondo uno sviluppo ulteriore dovuto alla dottrina, quando si tratta di atti a titolo gratuito, ma basta l'arricchimento, che, provenendo da un delitto, deve ritenersi indebito, di fronte ai creditori che *certant de damno vitando* (3). Quanto al subietto attivo della revoca, bisogna distinguere: l'*interdictum fraudatorium* è dato a tutti i creditori, mentre

---

(1) Lenel, *Ed. perp.*, pag. 479, nota 3.

(2) Grützmann, *Anfechtungsrecht*, pag. 13 e segg.; Reinhart, *Die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Glaubiger*, Winterthür, 1871, pag. 56 e segg.; Girard, *Man. elem.*, pag. 438 ed in modo esauriente Solazzi, *Revoca*, pag. 29 e segg.; *La revoca nel dir. rom. classico*, pag. 148 e segg., in nota.

(3) Cfr. Girard, *Man. elem.*, pag. 438-439.

la *restitutio in integrum* è data al solo curatore (1). Il subietto passivo è nell'interdetto il terzo partecipe della frode; nella *restitutio in integrum* di regola il terzo, ma, quando la cosa sia rimasta in possesso del debitore, anche il *fraudator* (2). Effetto dei due mezzi è sempre quello di far rientrare nel patrimonio *tutto* il valore uscitone e non semplicemente un valore uguale alla perdita risentita dai creditori sui loro crediti (3). Già questa perdita prima della *bonorum venditio*, da cui sarà determinata la percentuale spettante a ciascuno, non è valutabile, e noi sappiamo che la revoca può essere ottenuta anche prima della vendita. In secondo luogo pei creditori il danno consiste appunto nel fatto che la *missio in possessionem* su un patrimonio insufficiente non basta ad esercitare sulla volontà del debitore una coazione tale da indurlo al pagamento, e perciò non può essere eliminato che con la completa reintegrazione del patrimonio: e infatti ambedue i mezzi processuali adoperati, l'interdetto e la *in integrum restitutio*, tendono per diverse vie allo stesso fine: la reintegrazione del patrimonio del debitore. Tutto ciò è strettamente connesso alla natura dei due rimedi adoperati e al sistema esecutivo del diritto classico. Con la fusione dei due mezzi in una azione *in factum* concessa a ciascun creditore, e con la trasformazione dell'esecuzione in una procedura diretta al soddisfacimento per equivalente, la pauliana del diritto giustinianeo acquistò quella figura ibrida che ancora possiede la revocatoria del diritto moderno, di un'azione tendente bensì alla restituzione di ciò che uscì fraudolentemente dal patrimonio, ma nei limiti della perdita sofferta da ciascun creditore, e quindi, in sostanza, di un'azione di risarcimento, ma in cui ancora rimangono elementi degli antichi rimedi, e specialmente della *restitutio in integrum*.

59. Al diritto romano classico risale la prima apparizione di un istituto giuridico, che trovò poi, nel diritto statutario delle città italiane, le condizioni più favorevoli per uno sviluppo rigoglioso: vogliamo dire il *concordato di maggioranza*. Un vero con-

(1) Lenel, *Anf.*, pag. 15; *Edictum perp.*, pag. 422-477.

(2) La spiegazione di questo punto assai dubbio è del Lenel, *Ed. perp.*, pagina 323 (diversamente in *Anf.*, pag. 11 e segg.).

(3) Solazzi, *La revoca*, pag. 165.

cordato è infatti il *pactum ut minus solvatur* concluso tra i creditori di una eredità oberata e l'erede. L'erede di una eredità oberata poteva, mediante un patto, convenire coi creditori dell'eredità la riduzione dei debiti ereditari, riduzione che gli veniva consentita, perchè egli adisse l'eredità, se fosse stato *heres voluntarius*, perchè rinunciasse a servirsi del *beneficium abstinendi*, se fosse stato *heres suus et necessarius*, perchè gli fosse reso impossibile il *beneficium separationis*, se fosse stato *heres* semplicemente *necessarius* (1). Il patto *ut minus solvatur* si deve ricollegare col concetto romano della eredità. Questa, anche nei tempi più recenti, non fu mai un semplice trapasso patrimoniale, ma consistette sempre nell'acquisto di un *titolo personale*, che alla sua volta era condizione necessaria e sufficiente per l'acquisto del patrimonio, per cui l'eredità fu sempre, essenzialmente, una *successio in ius*, e quindi anche nei debiti del defunto (2). Questo concetto permase rigidamente fino all'epoca giustinianea, e solo con l'introduzione del beneficio d'inventario ne furono temperate le conseguenze eccessive. Ora, vigendo il principio della *successio in ius*, l'erede di una eredità oberata non aveva altra via, per sottrarsi alle conseguenze perniciose della *confusio hereditaria*, che quella di *non adire*, o di *astenersi* dall'eredità; ma in tal caso i beni ereditari erano soggetti alla *bonorum venditio* sotto il nome del defunto, che non poteva perciò sfuggire all'infamia. In questa dura alternativa nacque spontaneo il pensiero di un rimedio che permettesse all'erede di assumere tale qualità senza sopportare le conseguenze dannose della *confusio*. Naturale dunque che l'erede venisse a patti

---

(1) V. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1902, pag. 19 e segg.; Ulp., lib. 4, *ad edictum*, l. 7, *de pactis*, 2, 14: " Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum valiturum est "; Scevola, lib. 32, *digestorum*, fr. 23, *quae in fraudem*, 42, 8: " Primo gradu scripti heredes cum animadverterent bona defuncti vix ad quartam partem aeris alieni sufficere, famae defuncti conservandae gratia ex consensu creditorum auctoritate praesidis provinciae secundum constitutionem ea condicione adierunt hereditatem, ut creditoribus dumtaxat partem praestarent ".

(2) Bonfante, " Bull. dell'Istituto di dir. rom. ", III, pag. 97 e segg.; VII, pag. 151 e segg.; *La dottrina delle res mancipi*, Roma, 1883, II, pag. 320 e segg.; *Dir. rom.*, pag. 438 e segg.; *Ist. di dir. rom.*, § 186 e segg.; Scialoia, " Bull. ", II, pag. 176; Ferrini, *Pand.*, num. 604 e segg.; Fadda, *Lezioni sul diritto ereditario romano*, Napoli, 1900, I, pag. 27 e segg.

coi creditori, per ottenere da questi la riduzione dei debiti del defunto, entro i limiti dell'attivo ereditario, e per poter così, assumendo la qualità di erede senza suo danno, risparmiare alla memoria del defunto l'infamia della *bonorum venditio*. Questo patto era pienamente conforme allo spirito del diritto romano, il quale in ogni modo cercava di evitare al defunto l'infamia inerente a quella procedura: basta ricordare l'istituzione del servo erede necessario, mediante la quale era lecito al testatore emancipare il servo istituendolo erede, e sottraendo così, in frode ai creditori, e in eccezione al divieto della *lex Aelia Sentia*, all'attivo ereditario uno schiavo, che poteva costituirne parte cospicua. Probabilmente il patto dovette cominciare con l'essere vincolativo solo per i creditori che assentirono alla riduzione: solo in seguito si stabilì verosimilmente che il patto fosse vincolativo anche per gli assenti e perfino fra i presenti e dissenzienti. In questa forma la l. 7, § 19 *de pactis*, D. 2, 14, ci presenta l'istituto " Hodie tamen ita demum pactio hujusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum, et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem ". Le condizioni della obbligatorietà del patto consentito dalla maggioranza per la minoranza dissenziente furono disciplinate compiutamente in un rescritto dell'imperatore Marco Aurelio, più volte ricordato dalle fonti (l. 8 e 10 pr., *de pactis*, D., 2, 14). Ma evidentemente il principio, sia della validità del patto consentito da tutti i creditori, sia della validità di quello consentito dalla sola maggioranza e della sua obbligatorietà pei non consenzienti, è anteriore a Marco Aurelio. Infatti: *a*) a quel che dice Ulpiano (fr. 10, pr. h. t.), Marco Aurelio non fece che *dare formam* ad un istituto già noto; *b*) già l'imperatore Antonino Pio aveva disciplinato gli effetti del patto rispetto ai creditori assenti (fr. 10, pr. h. t.) (1); *c*) del patto si occuparono i giureconsulti Vindio, consigliere di Pio e console

(1) Papinianus, lib. 10, *Responsorum*, fr. 8, *de pactis*, 2. 14: " Hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest ,; Ulp., lib. 4, *ad edictum*; fr. 10 pr., *de pactis*, 2, 14: " Rescriptum autem divi Marci sic loquitur, quasi omnes creditores debeant convenire. Quid ergo si quidam absentes sint? Num exemplum praesentium absentes sequi debeant?... Et repeto, ante formam a divo Marco datam divum Pium rescripsisse et rel. ,.

nel 138 d. C., e Marcello, il quale ne parla nel libro dei *Digesti*, scritto sotto Pio (fr. 7, § 18, 4. t.) (1).

Il fondamento dell'obbligatorietà del patto pei non assenzienti è il decreto del pretore. Ciò non deve meravigliare quando si consideri la singolare posizione del pretore romano, e i poteri estesissimi che gli spettavano nella confezione della formula, in virtù dei quali egli era posto come intermediario ed arbitro, tra la legislazione vigente e le progressive esigenze della vita sociale. Del resto, nel caso presente, l'intervento del pretore è ben giustificato, se si pensa che, l'erede rifiutandosi di adire l'eredità, il valore dei crediti è già, nel fatto, ridotto all'ammontare dell'attivo ereditario e ciascun creditore non può sperare se non il dividendo, che darà la procedura della *bonorum venditio*. Il pretore non fa che constatare questo stato di cose, e determinare in base al voto della maggioranza il dividendo, che si sarebbe ricavato dalla vendita dei beni; liquidato così anticipatamente il dividendo, la *confusio hereditaria* non produce più effetti dannosi per l'erede, e questi può, senz'altro, adire l'eredità (2).

Tutto ciò dimostra che il principio della *successio in ius* costituisce la condizione d'esistenza del patto. L'introduzione del beneficio d'inventario, per opera di Giustiniano nel 531 (3), paralizzando la *successio in ius*, dovette rendere praticamente inutile il patto *ut minus solvatur*, giacchè l'erede, con la semplice compilazione dell'inventario, e senza il concorso della volontà dei creditori, poteva ridurre *intra vires* la sua responsabilità per i debiti ereditari, assumendo così senza pericolo la qualità di erede; ed è per un semplice fenomeno di sopravvivenza che questo istituto si trova ancora menzionato nella compilazione giustinianea (4).

60. L'esecuzione personale e anche la esecuzione patrimoniale del diritto classico, col loro carattere di esecuzione diretta a ottenere il soddisfacimento per opera dello stesso debitore o di un terzo interveniente, e perciò a mezzo di coazione della volontà,

---

(1) Cfr. Rocco, *Concordato*, pag. 21.

(2) Rocco, *Concordato*, pag. 24-25 testo e nota 9.

(3) L. 22 cod., *de iust. et de ad. vel adq. her.*, 6, 30.

(4) Rocco, *Concordato*, pag. 23-24 e 34.

erano per loro natura procedure rigorose e produttive di effetti che si riflettevano profondamente sulla persona del debitore. Anche la procedura patrimoniale della *bonorum venditio*, con la finzione di morte che importava, e l'apertura della successione a favore del *bonorum emptor*, traeva seco l'*infamia*, con la quale il debitore era posto in una grave condizione di inferiorità morale e giuridica. Si comprende perciò come, con l'ingentilirsi dei costumi, la condizione dei debitori cominciasse ad apparir troppo dura e sorgesse spontanea l'idea di espedienti diretti a escludere appunto gli effetti personali della esecuzione. Ma questi espedienti di necessità vulnerarono il principio essenziale della procedura patrimoniale classica. Essi aprirono pertanto la via alla trasformazione della esecuzione patrimoniale, in quella che essa è anche oggi: una esecuzione diretta al soddisfacimento *per equivalente* sul patrimonio.

Il primo di questi spedienti è la *cessio bonorum*, introdotto, secondo le fonti, da una *lex Iulia* (1), la quale probabilmente non era una legge speciale, ma un capitolo della legge giudiziaria di Augusto del 737 di Roma (2). Per la *lex Iulia* il debitore poteva sfuggire all'esecuzione personale e all'infamia inerente alla *bonorum venditio*, ponendo i suoi beni a disposizione dei creditori (*cessio bonorum*).

La *cessio* poteva esser fatta dal debitore condannato o *confessus in iure* (fr. 8 *de cess. bon.*, 42, 3), in sostanza, dal creditore esposto alla esecuzione personale o alla esecuzione patrimoniale della *bonorum venditio* (3): occorreva una dichiarazione fatta in

(1) GAIO, III, 78 " qui ex lege Iulia bonis cedunt „; l. 4, *qui bonis ced. poss.*, c. 7, 71 " legis Iuliae de bonis cedendis beneficium constitutionibus divorum nostrorum parentum ad provinciam porrectum esse, notum est „. Circa la pretesa derivazione della c. b. dal *iuramentum bonae copiae* (v. per es. VAINBERG, *Faill.*, pag. 124) v. retro pag. 143, nota 3.

(2) WLASSAK, voce *cessio bonorum* nella " Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft „ di PAULY e WISSOWA, num. 1, il quale osserva che Diocleziano, quando (nella l. 4, *qui bon.*, c. 7, 71) parla di una *lex Iulia*, segue l'esempio dei giuristi classici, i quali spesso designano come *lex* una singola disposizione di legge. Cfr. anche TAMBOUR, *Voies d'exécution*, I, pag. 123; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, pag. 687, nota 111; WLASSAK, *Römische Processgesetze*, Leipzig, 1888-1891, I, pag. 93, 173, nota II, II, pag. 239.

(3) WLASSAK, *Cessio bonorum*, num. II. Il fr. 8 (ULP., 40, 26, *ad edictum*) secondo cui: " qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat, condemnetur, vel

forma solenne, probabilmente davanti al magistrato: solo in seguito fu ritenuta valida anche una dichiarazione stragiudiziale (1). Con la *cessio* il debitore non perde la proprietà dei beni, nè questa passa ai creditori; ai creditori spetta solo il diritto di promuoverne la vendita (l. 4 C., *qui bonis cedere*, 7, 71). L'immissione in possesso, con il consueto effetto della *custodia* e dell'*observatio*, avveniva forse senza alcun decreto del magistrato: almeno la necessità di una formale *missio in possessionem* in caso di *cessio bonorum*, non è dalle fonti affermata in modo da non lasciar adito a dubbi (2). Che se pure anche in questo caso fosse stata necessaria, essa certo dovette assumere un carattere profondamente diverso dalla *missio ordinaria*. Mentre questa era essenzialmente un mezzo di coazione della volontà, la *missio* susseguente alla cessione dei beni dovette avere piuttosto il carattere di un provvedimento conservativo, diretto a garantire l'integrità del patrimonio nel tempo occorrente per la vendita: e in vero un costringimento della volontà di fronte a un debitore che dichiara la sua

---

in ius confiteatur, audiri non debet „ è interpolato, mediante l'aggiunta delle parole “ debitum agnoscat „, come fu già riconosciuto da Gotofredo: v. Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 123-124; Zimmern, *Actions*, pag. 249.

(1) Questa evoluzione risulta dalla legge 6, *qui bonis*, c. 7, 71 “ In omni cessione bonorum, ex qualibet causa facienda, *scrupulositate priorum legum explosa*, professio sola quaerenda est „ (v. anche Cod. Theod., IV, 20, 3). È perciò da ritenere interpolato il fr. attribuito a Marciano, lib. 15 *Institutionum* nella l. 9, *de cess. bonorum*, 42, 3 “ Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest. Et sufficit et per nuntium vel per epistulam id declarari „ (il giureconsulto diceva probabilmente “ bonis cedi tantum in iure potest „). V. Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 125-126; Vainberg, *Faill.*, pag. 127; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 47; Wlassak, *Cessio bonorum*, num. III.

(2) Alla necessità della *missio* dopo la cessione sembra accennare solo Gaio, III, 77, il quale, dopo aver detto che si fa luogo alla *venditio bonorum* in diversi casi, tra cui è enumerata la cessione dei beni, aggiunge in modo generale: “ si vivi bona veneant, *iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri*, tum proscribi „. V. Tambour, *Voies d'exécution*, I, pag. 126. Ma la deduzione non è affatto sicura, perchè la frase “ iubet et rel. „ può riferirsi ai casi più frequenti, nei quali la *missio* è necessaria. Nella l. 4, *qui bonis*, c. 7, 71 sembra si accenni al solo diritto di vendere: “ non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona, et iure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est „. Per la necessità della *missio*: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 688; Seuffert, *Zur Geschichte*, pag. 48; Wlassak, *Cessio bonorum*, num. III.

impotenza a pagare e pone il suo patrimonio a disposizione dei creditori, appare del tutto fuor di luogo. La cessione produceva anche l'effetto di mutar carattere alla vendita: la successione del *bonorum emptor* non si operava più in virtù di una finzione di morte del debitore, che traeva con sè inevitabilmente una specie di *capitis deminutio* e quindi l'infamia. Essa avveniva per effetto di una dichiarazione di volontà del debitore stesso, il quale, non potendo pagare, consentiva che i suoi beni fossero trasmessi ad un altro, che pagasse nei limiti dell'attivo. Si operava perciò, tanto nella *missio in possessionem* quanto nella *bonorum venditio*, una profonda trasformazione, di cui gli autori della riforma non si resero conto, ma che doveva, più tardi, dare i suoi frutti. La *missio* si trasforma da mezzo di coazione in provvedimento conservativo: la *bonorum venditio* da sostituzione di un titolare nuovo del patrimonio al debitore recalcitrante, in un modo di realizzazione dell'attivo; e tutta la procedura si avvia a diventare da esecuzione diretta al soddisfacimento specifico per opera del debitore, in esecuzione diretta al soddisfacimento per equivalente sul patrimonio.

Il nuovo atteggiamento preso dalla esecuzione susseguente alla *bonorum cessio* spiega i principali benefici che da questa traeva il debitore. Anzitutto la esclusione della esecuzione personale (1): confessando la sua impotenza a pagare e ponendo il suo patrimonio a disposizione dei creditori, egli rendeva manifestamente inutile l'uso di un mezzo esecutivo, il cui scopo era appunto quello di premere sulla sua volontà per indurlo a pagare. In secondo luogo, la esclusione della infamia (2): legata alla finzione di morte,

---

(1) L. 1, *qui bonis*, c. 7, 71: " Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati, in eo enim tantummodo hoc beneficium prodest, ne detrahantur in carcerem „. V. Zimmern, *Actions*, pag. 242; Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 445; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 688; Tambour, *Voies d'exéc.*, I, pag. 126; Wlassak, *Cessio bonorum*, num. IV.

(2) L. 11, *ex quib. caus.*, c. 2, 12: " debitores qui bonis cesserint, licet ex ea causa bona eorum venierint, infames non fiunt „. In seguito la *cessio bonorum* dovette, almeno nel costume, se non nella legge, essere considerata come una causa di ignominia. " Miserabile auxilium „ la chiama Giustiniano nella l. 8, *qui bonis ced. possunt*, c. 7, 71. V. anche Nov. 4, cap. 3; Tambour, *Voies d'exéc.*, I, pag. 128.

in virtù della quale si operava la successione del *bonorum emptor*, essa doveva venir meno, quando, intervenendo il consenso del debitore, la *bonorum venditio* acquistò un vero carattere di *vendita* dell'attivo, contro pagamento di un prezzo. A questi due benefici se ne aggiungeva un terzo: il debitore non poteva essere assoggettato di nuovo all'esecuzione, pei debiti contratti anteriormente alla *cessio bonorum*, se non nel caso che avesse acquistato nuovi beni e questi fossero di una certa importanza; e un quarto, perchè in ogni modo gli era conservato il necessario per campare la vita (*beneficium competentiae*) (1).

Un altro spediente, stabilito mediante un senatoconsulto già dai primi tempi dell'impero, permetteva ai debitori investiti della dignità senatoria, di sfuggire all'infamia conseguente alla *bonorum venditio*. Quando fosse intervenuto il consenso dei creditori, questo senatoconsulto permetteva di fermarsi al primo stadio del procedimento, cioè alla *bonorum possessio*: invece di nominare un *magister* incaricato di procedere alla *bonorum venditio*, si poteva dar mandato al *curator* stesso, incaricato dell'amministrazione, di vendere i beni al dettaglio (*bonorum distractio*) e di pagare sul prezzo ricavato i creditori (2). Soppressa così la *bonorum venditio* e la successione a titolo universale del *bonorum emptor*, non si produceva più l'infamia. Ma, anche qui, la modificazione andò ben oltre lo

(1) ULP., lib. 59, *ad edictum*, fr. 4, *de cessione bon.*, 42, 3 " Is qui bonis cessit, si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur „; ULP., lib. 64, *ad edictum*, fr. 6 h. t. " Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt „; MODESTINUS, lib. 2, *pandectarum*; fr. 7 h. t. " Si debitoris bona venierint, postulantibus creditoribus permittitur rursum eiusdem debitoris bona distrahi, donec suum consequantur, si tales tamen facultates adquisitae sunt debitori, quibus praetor moveri possit „. Cfr. ZIMMERN, *Actions*, pag. 242-243; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess*, II, pag. 689; WLASSAK, *Cessio bonorum*, num. IV; LENEL, *Ed. perp.*, pag. 415.

(2) GAIO, lib. 9, *ad edictum provinciale*, fr. 5, *de cur. furioso*, 27, 10 " Curator ex senatus consulto constituitur, cum clara persona, veluti senatoris vel uxoris eius, in ea causa sit, ut eius bona venire debeant; nam, ut honestius ex bonis eius quantum potest creditoribus solveretur, curator constituitur distrahendorum bonorum gratia vel a praetore vel in provinciis a praeside „. Vedi ZIMMERN, *Actions*, pag. 250; KELLER-WACH, *Civilprozess*, pag. 445-446 testo e nota 1074; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, II, pag. 690; TAMBOUR, *Voies d'exéc.*, I, pag. 237-238; VAINBERG, *Faill.*, pag. 281; SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 313.

scopo propostosi dalla riforma e trasformò tutto il procedimento. Soppressa la successione a titolo universale, l'esecuzione diventava di necessità una esecuzione diretta al soddisfacimento per equivalente sul patrimonio.

61. Ma l'esecuzione diretta al soddisfacimento sul patrimonio, sorta così timidamente, doveva ben presto affermarsi e trionfare. Un passo veramente decisivo e tale da trasformare profondamente tutto il carattere della procedura esecutiva romana, fu fatto con la introduzione della esecuzione speciale: il *pignus in causa iudicati captum*. Questa esecuzione, che Ulpiano designa come una procedura *extra-ordinem* (l. 50, *de evict.*, D., 21, 2), derivò verosimilmente, non già dalla *pignoris capio* delle XII tavole, che pure, all'epoca della sua introduzione, ancora sussisteva (1), ma dall'uso dei poteri amministrativi del pretore, che, al pari di ogni altro magistrato, aveva facoltà di usare mezzi coercitivi per l'esecuzione dei suoi ordini. Tra questi mezzi era appunto l'apprensione di una cosa dell'obbligato (*pignus capere*) (2), che il magistrato poteva trattenere, distruggere o anche vendere. L'espressione *pignus capere* è, invero, qui assunta in un senso generale e non tecnico, e vale in generale apprensione di una cosa a scopo di coercizione (3). L'uso di questo potere a favore del privato creditore originò pertanto l'esecuzione speciale, che dovette anch'essa nascere, al pari dell'esecuzione generale derivante dalla *missio*, come un mezzo di *coazione della volontà*. Segni di questa comune origine e di questo comune carattere rimangono anche nella ultima fase di sviluppo del *pignus in causa iudicati*. Il rescritto di Antonino Pio che lo accolse e lo disciplinò legislativamente, stabiliva che il *pignus* dovesse essere trattenuto per due mesi (lo stesso termine prescelto per la *bonorum venditio*); solo, trascorso questo termine, se il debitore non avesse pagato, si poteva procedere alla vendita (l. 31, *de re iud.*, D., 42, 1). Ma, sorto, probabilmente, come mezzo di

(1) Fleischmann, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau, 1896, pag. 8; Wlassak, *Römische Processgesetze*, Leipzig, 1888-1891, I, pag. 254-255, nota 32.

(2) Keller-Wach, *Civilpr.*, pag. 433 testo e nota 1037; Fleischmann, *Pignus*, pag. 8.

(3) Fleischmann, *Pignus*, pag. 61.

coercizione della volontà, il *pignus in causa iudicati* aprì ben presto l'adito al soddisfacimento per equivalente senza intervento del debitore: la vendita della cosa pignorata, di cui la *bonorum venditio* susseguente alla *missio* offriva un esempio suggestivo, doveva fornirne con facilità il mezzo. L'identità del termine stabilito per la *bonorum venditio* e per la vendita del pegno (due mesi) ci attesta l'influenza che la prima esercitò nella configurazione ulteriore del *pignus in causa iudicati*. Ma, in questo adattamento, l'istituto uscì trasformato; la vendita non fu più una successione a titolo universale condizionata, fu veramente una vendita, trasferimento della proprietà di una cosa contro un corrispettivo in denaro. A questo punto, l'analogia col pegno convenzionale diventava evidente: ed essa è rilevata in un noto rescritto di Caracalla (l. 1, *si in causa*, C., 8, 23) " res ob causam iudicati eius iussu, cui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam in vicem iustae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas iubentis ". Ma più stretta ancora diventava l'analogia col *pignus praetorium*, tanto che Giustiniano non dubitò di mettere tutto in un fascio il *pignus in causa indicati* e il *pignus praetorium*, e di contrapporre questa unica categoria di pegno giudiziale al pegno convenzionale (l. 2, *de praet. pign.*, C., 8, 21): " Veteris iuris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud, quod a iudicibus datur, et praetorium nuncupatur ". Tuttavia differenze non lievi distinguevano ancora il *pignus in causa iudicati* dal pegno convenzionale non solo, ma anche dal pegno pretorio (1). Dal pegno convenzionale lo distingueva sopratutto la fonte, dal pegno pretorio sopratutto il suo carattere officioso, per cui l'intiero procedimento, l'apprensione del pegno, la custodia, la vendita, il soddisfacimento del creditore, erano nelle mani della pubblica autorità. Ma il concetto di un pegno spettante al creditore sulla cosa soggetta all'esecuzione, che nella procedura della *bonorum venditio* aveva più il valore di una costruzione, che di un principio di diritto positivo, appare qui più determinato e preciso.

---

(1) Sulla natura del *pignus in causa iudicati* v. Dernburg, *Pfandrecht*, I, pag. 420 e segg.; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 696; Fleischmann, *Pignus*, pag. 62 e segg.

Abbiamo, nel *pignus in causa iudicati*, un vero e proprio *diritto di vendita*, e abbiamo inoltre, come nel pegno convenzionale, un diritto di prelazione a favore del creditore procedente (1).

Il *pignus in causa iudicati* colmava veramente una lacuna del diritto anteriore. La *missio in bona*, procedura di esecuzione generale e universale, era singolarmente adatta a garantire i diritti dei creditori in caso di insolvenza; ma come procedura in caso di solvenza, si palesava assolutamente inadatta allo scopo. Diretta a vincere l'ostinazione del creditore inadempiente, e a procurare il soddisfacimento del creditore, essa agiva con una forza eccessiva e con mezzi sproporzionati. Là dove sarebbe bastato togliere al debitore uno o più singoli beni, lo spogliava di tutto il patrimonio, rovinandolo economicamente; dove era in giuoco l'interesse di un sol creditore, organizzava un complicato e inutile concorso. Il *pignus in causa iudicati* evitava questi inconvenienti, e provvedeva ottimamente alla realizzazione del credito in caso di solvenza del debitore (2). Si comprende così come esso sia presto diventato il mezzo normale di esecuzione, come si desume anche dal posto preponderante che esso occupa, in confronto della *missio*, nella compilazione giustinianea.

62. Col *pignus in causa iudicati* era penetrato trionfalmente nel diritto romano il principio che l'esecuzione forzata può essere, anzi deve essere normalmente, soddisfacimento per equivalente sul patrimonio. È ben naturale che questo principio riuscisse a trasformare anche il vecchio istituto della *missio*. L'esempio della procedura senatoria della *distractio bonorum* ne forniva il mezzo. La *bonorum venditio* andò dunque gradualmente in disuso (3), al possesso dei beni seguì invece direttamente la vendita, non più del patrimonio in blocco, ma dei singoli beni (*bonorum distractio*), non più per opera di un apposito *magister*, ma dello stesso *curator* eletto

---

(1) Cfr. Menestrina, *Accessione*, pag. 75.

(2) Callistratus, lib. 2, *cognitionum*, fr. 31, *de re iud.*, 42, 1: " si qui tamen per contumaciam magis, quam quia non possint explicare pecuniam, differant solutionem, pignoribus captis compellendi sunt ad satisfaciendum, ex forma, quam Cassio proconsuli divus Pius in haec verba rescripsit ". V. Zimmern, *Actions*, pag. 253; Girard, *Man. elem.*, pag. 1091.

(3) Zimmern, *Actions*, pag. 251; Tambour, *Voies d'exéc.*, I, pag. 235 e segg.

ad amministrare i beni. Abolita la successione a titolo universale, la vendita dei singoli beni acquistò, anche qui, il carattere di una vera vendita: per tal modo i creditori si soddisfano per equivalente sul patrimonio e non attendono più dal debitore o da un suo successore il pagamento. Caduto l'*ordo iudiciorum privatorum*, la *bonorum venditio* scompare completamente e Giustiniano la ricorda nelle *Istituzioni* come un istituto oramai tramontato (1).

Il sopravvento preso dalla esecuzione speciale non lasciava alla esecuzione generale così trasformata che una posizione secondaria. La *bonorum distractio* poteva aver luogo soltanto in casi determinati, e precisamente supponeva o la *cessione dei beni* fatta dal debitore, o la concorrenza di più creditori (2), in sostanza un fatto, da cui potesse argomentarsi l'insolvenza del debitore e quindi la insufficienza della ordinaria procedura esecutiva (3). La procedura si apriva o con la *cessio* (4) o con la *missio in possessionem* (5). Per l'una o per l'altra via i creditori acquistavano in comune il possesso dei beni del debitore e il diritto di venderli (6); ma al possesso e al ricavato dalla vendita non erano più ammessi, come nella *missio* del periodo antecedente, tutti i creditori: bensì solo quelli il cui credito fosse stato riconosciuto dal creditore stesso o da una sentenza del magistrato (7). Il possesso e l'amministrazione

---

(1) *Inst.*, III, 12: " Erant ante praedictam successionem olim et aliae per universitatem successiones. Qualis fuerat bonorum emptio, quae de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerant introducta, et tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerunt, sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones exspiraverunt ". V. SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 314; KELLER-WACH, *Civilpr.*, pag. 446 testo e nota 1075.

(2) TEOFILO, Par. III, 12; v. BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess*, II, pag. 672; III, pag. 316.

(3) SCIALOIA, *Proc. civ. rom.*, pag. 450; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 76; GIRARD, *Man. elem.*, pag. 1091.

(4) L. 4, *qui bonis ced.*, c. 7, 71; BETHMANN-HOLLWEG, *Civilpr.*, III, pag. 316.

(5) L. 10 pr., *de bonis auct. iud. poss.*, c. 7, 72: " Si etiam alii creditores, quibus obnoxius (*sc.* creditor) esse videtur, possunt quandam habere communionem in rerum possessione ".

(6) L. 6, *de bonis auct. iud.*, c. 7, 72 " non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum, itemque venditione aequali portione, pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest ".

(7) L. 10 pr. h. t. " ut si non omnes huiusmodi debito praetendentes, sed ex his certi ab iudiciali sententia in possessionem rerum mittantur ".

dei beni non erano più di così breve durata come nella *missio* classica. Il diritto giustinianeo si preoccupava della necessità di aprir l'adito all'intervento di tutti i creditori, e di dar tempo a tutti di far valere le loro pretese, perchè la procedura rimaneva ancora una esecuzione universale, comprendente tutti i creditori (1). Era stabilito pertanto un lungo termine, di due anni per i creditori domiciliati nella stessa provincia (*praesentes*), e di quattro anni per quelli dimoranti in altra provincia (*absentes*), durante i quali era aperto l'adito all'intervento nella procedura (2). Nelle fonti non si parla invece più della pubblicità stabilita nella procedura classica per provocare tale intervento (3). La lunghissima durata del possesso rendeva necessaria la nomina di un amministratore, *curator bonorum*, nominato dal giudice su proposta della maggioranza, e non già direttamente da questi, come era per diritto classico (4). I crediti degli intervenienti dovevano essere accertati in contraddittorio dei creditori immessi; di un contradittorio del curatore non vi è traccia nelle fonti (5). La vendita del patrimonio non poteva avvenire prima che fosse trascorso il termine stabilito per la dichiarazione dei crediti, ed è da presumere che occorresse attendere il termine più lungo di quattro anni (6), a meno che non si dimostrasse la non esistenza di altri creditori fuori della provincia. La vendita doveva essere autorizzata dal magistrato (7), ed era, non già una *bonorum venditio*, ma una *distractio bonorum*, una vendita al dettaglio, fatta dal curatore, senza ingerenza dell'autorità e senza la formalità del pubblico incanto (8), ma sotto la sorveglianza dei creditori, e con l'obbligo di fare una dichiarazione giurata di avere onestamente condotta la vendita (9). Il

(1) L. 10 pr. h. t. " quid enim iustius est, quam omnes, qui ad res debitoris mitti debent, esse participes huiusmodi commoditatis? „. V. anche l. 6 citata.

(2) L. 10 pr. h. t.

(3) Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, pag. 320.

(4) Tit. *De curatore bonis dando*, D., 42. 7; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, pag. 319; Scialoia, *Proc. civ. rom.*, pag. 456.

(5) Bethmann-Hollweg, III, 320.

(6) Bethmann-Hollweg, III, 321.

(7) L. 10 C. h. t. " ex sententia iudicis res vendiderunt „.

(8) Bethmann-Hollweg, III, pag. 321.

(9) L. 10 C. h. t. " iusiurandum sacrosanctis evangeliis propositis, venditore, vel translatore rerum praestante, quod neque per gratiam emptoris, vel eius,

prezzo ricavato era dal giudice diviso fra i creditori in proporzione dei loro crediti (1), avuto riguardo ai diritti di preferenza di ciascuno (2). Il residuo era deposto " *in cimeliarchio sanctae ecclesiae* „ per soddisfare i creditori, che si presentassero più tardi (3). Quanto ai *diritti reali* dei terzi, se fra i beni del debitore vi erano cose su cui taluno vantava la proprietà o altro diritto reale, poteva sempre essere esercitata la rivendicazione, contro il curatore prima della vendita, contro l'acquirente dopo (4).

Ciò che colpisce in questa procedura è la scarsa ingerenza riservata alla pubblica autorità, tanto più notevole in un ordinamento burocratico come quello dell'Impero bizantino. Mentre lo Stato accresceva, in tutti gli altri campi del processo, la sua ingerenza, e eliminava ogni residuo dell'antico carattere privato della procedura, e mentre, nella stessa procedura esecutiva, accentrava nelle sue mani tutta l'esecuzione ordinaria del *pignus in causa iudicati captum*, manteneva integro e in qualche punto accentuava il carattere privato della esecuzione collettiva (5).

---

ad quem res iure cessionis transferuntur, nec aliquo dolo interveniente minorem iusto pretio rerum quantitatem acceperit, sed eam, quam revera cum omni studio poterint invenire „.

(1) L. 6 c. h. t. " venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest „ l. 10, § 1 c. h. t. " quia et secundum debita eis satisfieri, explorati iuris est „; l. 6, § 7 *quae in fraud.*, D., 42, 5 " hunc in portionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus „; Bethmann-Hollweg, III, pag. 321-322.

(2) L. 8 fin., *qui bonis*, C., 7, 71 " in rebus officio iudicis partiendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula „.

(3) L. 10, § 1, *de bonis auct. iud. poss.*, C., 7, 72 " quidquid superfluum inventum fuerit, vel amplius quam eis debetur hoc modis omnibus necesse est eos praesentibus Tabulariis signare et in cimeliarchio sanctae ecclesiae illius civitatis, in qua hujusmodi contractus celebrantur, deponere... ut si qui postea creditor apparuerit et debiti cautionem ostenderit, possit ex his satis sibi facere „.

(4) L. 1, *de priv. fisci*, c. 7, 73: Bona mariti tui si ob reliqua administrationis primipilariae a fisco occupata sunt: res, quas tuas esse liquido probaveris, ab aliis separatae tibi restituantur „.

(5) Circa l'azione revocatoria nel diritto giustinianeo, v. retro, n. 58 in fine.

CAPITOLO II.

Origini del processo di fallimento nel medio evo.

Sommario: 63. L'esecuzione nelle legislazioni barbariche. — 64. L'esecuzione per autorità privata. — 65. L'ingerenza della pubblica autorità. — 66. L'esecuzione personale in caso di insolvenza. — 67. L'esecuzione nell'epoca comunale e il suo carattere pubblico. — 68. La *datio in solutum* della parte e la *datio in solutum per iudicem* nella esecuzione singolare. — 69. L'esecuzione collettiva e le sue origini. Erronea opinione del Seuffert. — 70. L'esecuzione collettiva non sorse dal sequestro, ma dalla *datio in solutum* della parte, come l'esecuzione singolare. — 71. La *missio rei servandae causa*; la *cautio damni infecti* e il sequestro nelle origini della esecuzione collettiva. — 72. L'esecuzione collettiva o fallimentare nacque come istituto comune ad ogni specie di debitori. — 73. Prova del fallimento. — 74. Carattere ufficioso della procedura. — 75. Le linee fondamentali della procedura. — 76. Le sanzioni penali contro i falliti. — 77. Il concordato e i salvacondotti. — 78. La diffusione dell' istituto del fallimento dall' Italia in Europa.

63. Con la caduta dell'impero e le conquiste barbariche il diritto romano non cessò di aver del tutto vigore: lo salvarono dalla ruina la stessa ammirabile saldezza della sua costituzione, le profonde radici, che esso aveva nell'anima e nelle tradizioni del popolo, il rispetto degli invasori verso quel vetusto monumento di civiltà, e il principio della nazionalità del diritto, che i nuovi dominatori dell'Italia introdussero, e che venne meno soltanto col definitivo trionfo del diritto romano. Anche i principî romani della *missio in bona* in caso di insolvenza e le regole sulla *distractio bonorum* dovettero essere applicati ai cittadini romani, ed abbiamo infatti esempi di *missio in bona* accordata coll'epoca dei capitolari

franchi (1). Ma è ben naturale che importanza prevalente dovesse avere il diritto degli invasori, in un campo così strettamente connesso con l'ordinamento giudiziario, e quindi con la costituzione politica dello Stato. I lunghi secoli di predominio delle istituzioni giudiziarie germaniche introdussero pertanto nelle consuetudini giudiziarie una quantità d'idee, che s'infiltrarono nel rinnovato processo romano: e poichè questo costituisce tuttavia la base dei moderni sistemi processuali (2), lo studio dell'antica esecuzione germanica non è privo di interesse per la evoluzione storica del diritto del fallimento.

Le legislazioni barbariche presentano, in questa materia, due particolarità. In esse, anche nelle più antiche, è conosciuta e sviluppata l'*esecuzione patrimoniale*. Il concetto, così a lungo persistente nel diritto romano, dell'obbligazione come un vincolo strettamente personale al debitore, e non realizzabile se non per opera del debitore o d'un suo successore a titolo universale, qui non esiste affatto. L'obbligazione, al contrario, è considerata piuttosto come un peso gravante il patrimonio, o, per essere più esatti, come un vincolo personale normalmente accompagnato da un diritto sulle cose del debitore. Il concetto del *pegno* è perciò inseparabile dal concetto di *obbligazione*. Se il debitore consegna spontaneamente, al momento in cui l'obbligazione sorge, un pegno, bene: altrimenti il creditore se lo procura usando la sua forza privata o, in progresso di tempo, ricorrendo alla pubblica autorità. Ma l'apprensione del pegno presuppone un debitore abbiente, e quindi solvibile. Di fronte al debitore insolvibile non resta che una via aperta: *l'esecuzione personale*; la quale appare pertanto come un mezzo sussidiario di realizzazione della obbligazione, ma come tale non venne mai meno, in forme più rigorose o più attenuate, durante tutto il periodo delle dominazioni germaniche. Le legislazioni barbariche sono pertanto contraddistinte dalla coesistenza di due sistemi esecutivi: quello patrimoniale, applicabile in prima linea,

---

(1) Bethmann-Hollweg, *Der germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, Berlin, 1868-1873, II, pag. 176, nota 14.

(2) Cfr. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in " Studi di diritto processuale ", Bologna, 1904. V. anche Schmidt, *Lehrbuch*², pag. 58 e segg.

in caso di solvenza del debitore; quello personale, secondario, applicabile in caso di insolvenza (1).

64. La rapida apparizione dell'esecuzione patrimoniale nella forma di pignoramento per autorità privata è dovuta ad un complesso di cause, le quali in gran parte ci sfuggono, per le troppo scarse notizie che abbiamo sulle condizioni sociali e giuridiche dei popoli germanici anteriormente alla conquista romana. Probabilmente la principale sta in ciò che i germani conobbero assai di buon'ora la proprietà individuale, specie delle cose mobili: ed infatti per lungo tempo l'esecuzione patrimoniale presso i popoli germanici fu limitata alle cose mobili, e ne furono esclusi gli immobili, oggetto per lungo tempo di proprietà collettiva (2). Comunque sia, il pignoramento delle cose mobili comincia, anche nel diritto germanico, coi caratteri che contraddistinguono la realizzazione forzata del diritto presso tutti i popoli primitivi. Esso si presenta anzitutto con un carattere misto, processuale e penale. Il vecchio concetto della vendetta e della pena vi si manifestano nel diritto del creditore di pignorare beni di valore superiore al credito (3), e nel diritto di distruggere i beni pignorati, di cui tro-

---

(1) Perciò l'affermazione, spesso ripetuta, che i diritti germanici avessero già superato lo stadio dell'esecuzione personale (v. per es. MENESTRINA, *Accessione*, pag. 78), significa solo che, accanto alla esecuzione personale, essi conoscevano una esecuzione patrimoniale, ignota all'antico diritto romano.

(2) *Editto di Rotari* (in PERTZ, *Monumenta Germaniae historica*, Legum tom. IV, Hannover 1868) cap. 252: " Nulli liceat pro quolibet debitum casa ordinata tributaria loco pignoris tollere... ". V. anche MEIBOM, *Das deutsche Pfandrecht*, Marburg, 1867, pag. 222-223; NAEGELI, *Das germanische Selbstpfändungsrecht*, Zurich, 1876, pag. 25 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, I, pagine 367 e 518; WACH, *Arrestprozess*, pag. 24-25; SOHM, *La procédure de la lex salica* Paris, 1873, pag. 25; PERTILE, *Storia del diritto italiano*, 2ª ed., VI, 2, pag. 330.

(3) *Lex Burgundionum* (in PERTZ, *Mon. Germ. historica*, Legum tom. III) XIX, 6: " modus vero pignorum hic erit, ut tertiam partem fideiussor amplius tollat, quam summa debiti est "; *Editto di Luitprando* (in PERTZ, *Mon. Germ. hist.*, Legum tom. IV), cap. 108: " ...Et super habeat licentiam repignerare usque in secundam vicem ut sint ipsa pignera in dubblo, quantum devitum ipse est ". Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilprozess*, I, pag. 368; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 78 nota 1; NANI, *Storia del diritto privato*, Torino, 1902, pagine 448-449.

viamo traccia ancora in alcuni statuti delle città italiane (1). Scopo principale del pignoramento appare anche qui il costringimento della volontà del debitore, anzichè il soddisfacimento del creditore: nel diritto longobardo il creditore tiene presso di se la cosa pignorata come semplice detentore (tanto che risponde del perimento dovuto a sua colpa) per un certo periodo, durante il quale il debitore può sempre liberarla, pagando il debito (2): presso i Burgundi la detenzione dura tre mesi, durante i quali è possibile il riscatto (3). Finalmente, ed è questo il carattere più saliente della esecuzione patrimoniale germanica, essa è ancora una forma di auto-difesa. Si tratta di un'auto-difesa, il cui esercizio è soggetto ad alcune forme, semplicissime presso alcune legislazioni barbariche, più complicate presso altre, ma che non tolgono al procedimento il carattere di una esecuzione privata, sia pure, come l'antica esecuzione personale delle XII tavole, regolata e controllata. Il tipo più puro di pignoramento privato ci presenta il diritto longobardo. Non occorre qui che una triplice intimazione, dopo di che il creditore può impadronirsi delle cose appartenenti al debitore (4): e probabilmente, in origine, anche di quelle appartenenti agli altri membri della famiglia, poi solo anche di quelle appar-

---

(1) Cfr. PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 345, nota 90.

(2) *Editto di Rotari*, cap. 252: " Si infra dies XX [debitor] pignus suum, iustitiam faciens et debitum reddens, non liberaverit, et post transactos viginti dies contigerit ex ipsum pignus mancipium aut quolebet piculium mori aut homicidium aut damnum facere, aut alibi trasmegrare, tunc debitor in suum damnum repotet, qui pignora sua liberare neglexit. Nam si infra istos viginti dies servus aut ancilla mortui fuerint aut peculium perierint, aut homicidium aut damnum fecerit, ipse qui pigneraverit, in suum damnum repotit et proprio domino satisfaciat ". V. anche *Editto di Luitprando*, cap. 108; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, I, pag. 367-368; WACH, *Arrestprozess*, pag. 20-21; BRUNNER, *Deutsches Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1885-1892, I, pag. 450.

(3) *Lex Burg.* 19, 6. Cfr. NANI, *Storia*, pag. 449.

(4) *Editto di Rotari*, cap. 245: " Si quis debitorem habens, appellet eum semel bis et usque tertio, et si debitum non reddederit, aut non composuerit, tunc debeat pignerare in his rebus, quibus pignerare licitum est ,; *Editto di Luitprando*, cap. 15. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. röm. Civilpr.*, I, pag. 366 e segg.; SIEGEL, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, Giessen, 1857, pagina 35 e segg.; MEIBOM, *Das deutsche Pfandrecht*, Marburg, 1807, pag. 190 e segg.; WACH, *Arrestprozess*, pag. 1 e segg.

tenenti ai suoi prossimi eredi (1). Presso altri popoli le formalità richieste sono maggiori e comincia a prescriversi l'intervento della pubblica autorità sotto la forma di un permesso del giudice. Così pel diritto dei Burgundi occorre il permesso del giudice, poi una triplice intimazione a pagare fatta dal creditore alla presenza di testimoni, dopo di che aveva luogo il pignoramento per opera del privato (2). Anche per la *lex Bajuvariorum* occorre l'*iussus iudicis* (3). Per la legge salica il pignoramento di autorità privata era permesso in due casi: quando il debito dipendesse da una *fides facta*, ossia da una promessa formale unilaterale di pagare a giorno fisso (4), e quando derivasse da una *res prestita* o contratto di prestito comprendente il mutuo e il comodato (5). In questi casi il creditore si recava alla dimora del debitore alla presenza di testimoni e chiedeva il pagamento: se il debitore non pagava, era colpito da un'ammenda, e persistendo nel rifiuto, veniva citato davanti al giudice, a cui il creditore chiedeva un ordine di sequestro (*nexti canthichius*). Ottenuto l'ordine, il creditore tornava coi testimoni alla casa del debitore e lo invitava ancora a pagare prima del tramonto: questa intimazione si ripeteva per tre volte a una settimana d'intervallo, dopo di che poteva procedersi al pignoramento per opera del creditore (6). A queste legislazioni, nelle

---

(1) *Editto di Rotari*, cap. 247: " Nulli leciat alium pro alio pignerare, excepto illo qui gafan esse invenitur, id est, coheres parens prossimior qui illi ad hereditatem, si casus evenerit, venturus est "; cap. 248: " Si quis per errorem alium pro alio pigneraverit per servum aut ancillam, ita decernimus, ut postquam cognovit, quod male pigneravit, mox ipsum pignus relaxit "; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, I, pag. 367; BRUNNER, *Deutsches Rechtsgeschichte*, II, pag. 448; NANI, *Storia*, pag. 446.

(2) SOHM, *Lex salica*, pag. 28; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, I, pag. 168.

(3) SOHM, *Lex salica*, pag. 29-30. V. però BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, I, pag. 473, nota 3.

(4) SOHM, *Lex salica*, pag. 12 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *op. e vol. cit.*, pagina 474.

(5) SOHM, *Lex salica*, pag. 21 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, loc. cit. Cfr. *Legge Salica* (ed. HÖLDER, Leipzig, 1879-1880), tit. 50, nn. 1 e 2 e tit. 52.

(6) *Legge Salica* 50, 1 (per la *fides facta*); 52 (per la *res prestita*). — Sono i due passi che riguardano l'esecuzione privata: invece il titolo 50, 2 tratta della esecuzione pubblica della promessa giudiziale. Cfr. SIEGEL, *Geschichte*, pag. 248 e segg.; SOHM, *Lex salica*, §§ 5-7, pag. 16 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. röm. Civilpr.*, I, pag. 474 e segg.

quali l'auto-difesa esecutiva, più o meno regolata e controllata, era tuttavia permessa, ne fanno riscontro altre, come la *lex Wisigothorum*, e l'editto di Teodorico, che la proibivano (1). Ma la consuetudine del pignoramento privato era profondamente radicata presso i popoli germanici, e le proibizioni non valsero a farla cessare. Essi la diffusero anche in Italia, dove un capitolare di Pipino del 782 riconosceva esistente " a longo tempore „ la " consuetudo pignorandi „ (2).

65. Ma l'ingerenza dell'autorità pubblica nella realizzazione del credito in taluni casi giungeva fino all'esecuzione dello stesso pignoramento per opera del giudice. Ciò avveniva particolarmente nei casi in cui il debitore convocato in giudizio fosse venuto meno alla promessa di eseguire la sentenza. Uno dei tratti caratteristici dell'antico procedimento giudiziario germanico è questo: che in esso non esiste una vera *esecuzione* della sentenza, come fase distinta del processo. Il convenuto infatti, o confessa il debito, e deve pagare, o lo nega, e deve ugualmente pagare, a meno che non provi l'inesistenza del debito: la sentenza si risolve sempre, di necessità, in un ordine di pagamento, o puro e semplice, o sottoposto alla condizione risolutiva della prova negativa, che il convenuto è obbligato a fornire. In sostanza, il convenuto è sempre condannato: o semplicemente a pagare; o alternativamente, a pagare o a provare (3). In questa condizione di cose, il diritto germanico non concepisce che la sentenza possa eseguirsi indipendentemente dalla volontà del condannato: questi deve promettere l'esecuzione (4), vale a dire il pagamento, ovvero il pagamento o la prova: ricordo, questo, dell'antico carattere volontario del processo e del giudizio. In caso di inadempimento della promessa di esecuzione si fa luogo ad un'altra procedura, che è appunto esecuzione

---

(1) Bethmann-Hollweg, *Germ. röm. Civilpr.*, I, pag. 225, 285, 473; II, pagina 90; Sohm, *Lex salica*, pag. 31.

(2) Wach, *Arrestprozess*, pag. 24-25. Persiste infatti il pignoramento privato convenzionale: Bethmann-Hollweg, op. cit., II, p. 330.

(3) Sohm, *Lex salica*, pag. 114 e segg.; Schmidt, *Lehrbuch*², pag. 53. V. anche Bethmann-Hollweg, *Germ. röm. Civilpr.*, I, pag. 28-29.

(4) Sohm, *Lex salica*, pag. 105 e segg., 116, 122; Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, II, pag. 173, 384, 425; Pertile, *Storia*, pag. 327.

forzata della *promessa* e non della sentenza, e che avviene per opera della pubblica autorità (1).

Se il convenuto ricusa di far la promessa di esecuzione, egli è considerato come contumace (2), e si inizia una procedura, diretta a premere sulla sua volontà per obbligarlo ad accettare la sentenza e a punirlo della sua disobbedienza. *In sostanza, è questa la vera esecuzione forzata della sentenza.* Questa procedura mette capo alla *missio in bannum* del contumace (3), la quale, in principio, implica la esclusione del contumace dal consorzio civile (esclusione dalla pace) (4), poi solo il sequestro di tutti quanti i suoi beni (5). Nell'epoca carolingia la *missio in bannum* dei beni è regolata ampiamente, ed è evidente la sua analogia con la *missio in bona rei servandae causa* contro l'*indefensus* del diritto romano. Si tratta, in verità, di una somiglianza puramente esteriore, perchè i due istituti non sono fra loro per niente storicamente connessi (6), e anche le differenze sostanziali tra l'uno e l'altro sono gravi: mentre la *missio in bona* è concessa al creditore, la *missio in bannum* produce un vero pubblico sequestro del patrimonio, che, dopo un anno e un giorno, si tramuta in confisca a favore dello Stato (7), il quale

(1) *Legge salica*, 50, 2. Cfr. SOHM, *Lex salica*, pag. 105; BETHMANN-HOLLWEG, *op. cit.*, I, pag. 501 e segg.

(2) Sul concetto della contumacia v. SOHM, *Lex salica*, pag. 116 e segg.

(3) *Legge salica*, tit. 56. V. anche SOHM, *Lex salica*, pag. 119 e segg.; RISPOLI, *La contumacia in procedura civile nel diritto intermedio*, estr. della *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XLV, fasc. I (1908), pag. 9 e segg.

(4) SOHM, *Lex salica*, pag. 120 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, II, pag. 177.

(5) RISPOLI, *op. cit.*, pag. 46 e segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, II, pag. 178.

(6) MEIBOM, *Das deutsche Pfandrecht*, pag. 56; BETHMANN-HOLLWEG, *op. e vol. cit.*, pag. 181.

(7) Capitulare legi Ripuariae add. a. 803 (in *Monumenta Germaniae historica*, Leg. II, vol. I), cap. 7: " Si quis ad mallum legibus mannitus fuerit et non venerit, quindecim solidis culpabilis iudicetur. Sic ad secundam et terciam. Si autem ad quartam venire contempserit, possessio eius in bannum mittatur, donec veniat et de re, de qua interpellatus fuerit, iustitiam faciat. Si intra annum non venerit, de rebus eius, quae in bannum missae sunt, Rex interrogetur, et quidquid inde iudicaverit, fiat ". *Cap. leg. add.* a. 817, cap. 11: " Cuiuscumque hominis proprietas... in bannum fuerit missa, et ille, re cognita, ne iustitiam faciat, venire distulerit, annumque et diem in eo banno illam esse

è obbligato a pagare con esso i creditori, e può appropriarsi ciò che sopravanza (1).

66. Tutte queste varie forme di esecuzione patrimoniale presuppongono un debitore solvibile. Ma può darsi il caso che il debitore non abbia beni sufficienti al pagamento dei debiti. In questo caso subentra l'esecuzione personale. L'esecuzione personale, nella sue forme più dure, era, secondo l'attestazione di Tacito, in uso presso i popoli germanici anche prima della conquista romana (2). I Visigoti praticavano la più rigorosa servitù per debiti: e questa aveva luogo principalmente quando il debitore non poteva pagare: " ei cui reus est, aut componere compellatur, aut si non habuerit, unde componat serviturus ei tradatur " (3); " quod si non habuerit, unde componat, careat libertatem, illi serviturus, cui furtum fecerit " (4). Se " una persona reatu vel debito multis teneatur obnoxia ", e non abbia da pagare " pro debito vel reatu perpetim servituram iudex petentibus tradere [sc. eam] non desistat " (5). I Franchi ricorsero ugualmente all'ultima *ratio* della esecuzione personale, quando il debitore non avesse avuto beni sufficienti a soddisfare il creditore. Nella legge Salica il famoso titolo 58 *de chrene cruda* è destinato a regolare l'ipotesi di insolvibilità. L'insolvente deve solennemente giurare che egli " nec super terram, nec subtus terram plus facultatem non habeat, quam iam donavit ".

---

permiserit, ulterius eam non acquirat, sed ipsa fisco nostro societur. Si autem homo ille usudum cum suis coheredibus proprium suum divisum habuit, convocet eos Comes et cum eis legitimam divisionem faciat, et tunc, sicut iam dictum est, partem eius fisco addicat ".

(1) *Cap. leg. add.* a. 817, cap. 11: " Debitum vero, quod is, cuius ea fuit, solvere debuit, per Comitem ac ministros eius iuxta aestimationem damni de rebus mobilibus, quae in eadem proprietate inventae fuerint, bis, quibus idem debitor fuit, exsolvatur. Quod si rerum mobilium ibidem inventarum quantitas ad compositionem non sufficerit, de immobilibus suppleatur, et quod super fuerit, sicut dictum est, fiscus noster possideat ". V. Bethmann-Hollweg, *Germ. rom. Civilpr.*, II, pag. 178 e segg.; Rispoli, *op. cit.*, pag. 46 e segg.

(2) Nani, *Storia*, pag. 455; Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Würzburg, 1883, pag. 20-21.

(3) *Leges Wisigothorum*, VII, 1, 5.

(4) *Leges Wisigothorum*, VII, 2, 14.

(5) *Leges Wisigothorum*, V, 6, 5. Cfr. su ciò Kohler, *Shakespeare*, pag. 21; Bethmann-Hollweg, *Germ. rom. Civilpr.*, I, pag. 212.

Poi rientra nella casa, raccoglie ai quattro angoli della terra nella mano e, posto sul limitare della porta, col viso rivolto verso l'interno, getta la terra sui più prossimi parenti, con che egli getta, cioè trasporta su di essi l'obbligazione. Se la fortuna dei parenti (tenuti col debitore in virtù della comproprietà famigliare) non basta al pagamento, si fa luogo alla esecuzione personale. Il debitore è aggiudicato all'attore, e se non trova nessuno che lo riscatti, assumendosi l'obbligo di pagare per lui, dopo essere stato presentato quattro volte al *mallo*, il creditore acquista su di lui il diritto di vita e di morte (1). Una regola analoga è nell'Editto di Chilperico: " Et si homo malus fuerat, qui male facit et si res non habet unde sua mala facta componat... ordinamus cui malum fecit tradatur in manu et faciant exinde quod voluerint " (2). Questo diritto di vita e di morte all'epoca dei Carolingi diventa semplice schiavitù per debiti: " homo ingenuus qui multa qualibet solvere non potuerit et fideiussores non habuerit, liceat ei semet ipsum in wadium ei cui debitor est, mittere, usque dum multa, quam defuit, persolvat " (3). Anche il diritto longobardo conosceva la servitù per debiti, prima per qualunque debito, poi solo per debiti di più grosse somme, nel caso di insolvenza del debitore (4).

67. Con l'aprirsi dell'epoca comunale s'inizia quella profonda trasformazione nel trattamento legale dell'insolvenza, che doveva in pochi secoli condurre alla formazione dell'istituto giuridico del fallimento, quale, nelle sue linee fondamentali, è tuttora accolto nelle legislazioni vigenti.

Sostituita all'autorità nominale di un potere centrale debole e lontano, quella effettiva e vicina del comune, la lotta condotta dallo Stato contro l'arbitrio e la forza privata divenne più viva e più

---

(1) *Legge salica*, cap. 56. Cfr. SOHM, *Lex salica*, pag. 113.

(2) *Editto di Chilperico*, VII in fine. Cfr. SOHM, *Lex salica*, pag. 137 e segg.

(3) *Cap. legi Ripuariae add.* a. 803, cap. 3. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, II, pag. 176; KOHLER, *Shakespeare*, pag. 22; PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 331, nota 22.

(4) *Editto di Luitprando*, cap. 152, e la *Expositio ad librum legis Longobardorum* (in *Mon. Germ. hist.*, Sez. 1, vol. IV), cap. 121 e 152. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. rom. Civilpr.*, I, pag. 393, II, pag. 385; KOHLER, *Shakespeare*, pag. 21-22.

efficace, e riuscì a poco a poco ad accentrare nelle mani della pubblica autorità la realizzazione del diritto.

Il pignoramento privato dei beni, ripetutamente vietato, è prima sottoposto al controllo successivo dell'autorità, poi alla preventiva autorizzazione di questa, infine diventa esclusivo compito del magistrato. In tal modo esso si trasforma, anzitutto, in una esecuzione anticipata, poi in una semplice misura assicurativa, che non mira più alla realizzazione del credito, ma a conservare le garanzie del creditore. Sorge così dal pignoramento privato l'istituto del *sequestro reale* (1).

Una evoluzione analoga seguiva l'*esecuzione personale*. La cattura del debitore per autorità privata, e la sua detenzione in carceri private, erano consuetudine diffusa e radicata dell'epoca. Anche questa consuetudine è combattuta (2). La cattura del debitore, operata, prima, dietro autorizzazione della pubblica autorità, dallo stesso creditore (3), poi solamente dagli uffiziali del Comune, per ordine del magistrato, dà luogo, da un lato al *sequestro personale* con scopi meramente assicurativi (4), dall'altro alla *prigionia per debiti nelle carceri pubbliche*, con scopi veramente esecutivi (5). L'esecuzione personale diventa anch'essa monopolio esclusivo della pubblica autorità, col doppio carattere penale e processuale. Si vuol da un canto punire il debitore per aver mancato ai suoi impegni: dall'altro lo si vuol costringere a soddisfarli. Ma il carattere processuale è evidentemente preponderante, perchè

---

(1) Wach, *Arrestprozess*, pag. 33 e segg.

(2) Wach, *Arrestprozess*, pag. 35; Kohler, *Shakespeare*, pag. 26.

(3) Lattes, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano, 1899, pag. 119. Sul carcere privato, v. Wach, *Der Manifestationseid in Italien*, nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, VII (1868), pag. 448.

(4) Wach, *Arrestprozess*, pag. 37-38, 72 e segg. Il carattere assicurativo del sequestro personale risulta da ciò specialmente che il debitore era liberato, se poteva provare di possedere beni sufficienti a pagare il debito. V. per es. *Statuti di Albenga*, Asti, 1519. Pars secunda: *de debitore suspecto*: " ...magistratus incontinenti ad nudam requisitionem dicti creditoris, vel dicentis se esse creditorem, teneatur dictum talem debitorem iuratum suspectum detrudi facere vel detineri, salvo si prestitisset idoneam cautionem vel solverit debitum, *ita tamen quod si probaverit se possidere in civitate Albingane vel districtu tantum quantum ab eo fuerit requisitum, statim relaxari debeat* ".

(5) Pertile, *Storia*, VI. 2, pag. 353 e segg.

la esecuzione personale vien meno ogni qual volta il creditore paghi, anche tardivamente, o offra garanzie sufficienti, personali o reali (1). I principali mezzi esecutivi contro la persona che il diritto statutario conosce sono: il *bando*, derivazione dell'analogo istituto del diritto germanico, e la *prigionia nelle carceri pubbliche*, derivazione dell'esecuzione privata sulla persona. Col *bando* il debitore era messo fuori della legge e chiunque poteva offenderlo nei beni e nella persona: il bando durava finchè il debito non fosse stato soddisfatto (2). Il *carcere per debiti*, che sostituì poi anche il bando, andato presto in disuso, aveva ugualmente carattere di mezzo di coazione della volontà. " Quod potestas illum debitorem teneatur et debeat in persona detinere et ipsum non dimittere quousque creditori satisfecerit ", prescrivevano gli Statuti di Vercelli nel 1241 (3). " Quod ad diem debito non soluto ad petitionem creditoris, donec debitum erit solutum, possit debitor incarcerari ", diceva Signorolo Omodei nei suoi *Consilia*, riferendosi a una consuetudine milanese, poi codificata negli statuti del 1351 (4).

---

(1) PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 359.

(2) *Statuti di Milano del 1216* (*Mon. hist. patriae*, XIII, 859 e segg.): " Si condempnatus sententiae non paruerit, actore postulante in blasmo scribitur, vel in banno ". *Costituto senese del 1262* (*Il costituto del Comune di Siena del 1262* pubblicato da L. ZDEKAUER, Milano, 1897), distinctio II, cap. LXXIII: " Et si aliquis civis Senensis vel de iurisdictione Senensi aufugerit cum havere civis vel civium Senensium... ipsum de civitate et districtu exbanniam et exbanniri faciam ad voluntatem creditoris vel creditorum, et eorum, qui habeant maiorem partem debiti, et tamdiu exbannitus existat, quandiu se aptaverit cum creditore vel creditoribus ". *Statuti di Ravenna del secolo XIII* (nei *Monumenti istorici pertinenti alle provincie di Romagna*, Ravenna, 1904), rub. 125, pag. 69: " et si non venerit, ponatur in banno communis ravenne, de quo non possit exire nisi solverit per quamlibet diem qua steterit V solidos ravignanorum et satisfecerit creditori... ". V. anche WACH, *Manifestationseid*, pag. 448-450; PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 337, note 49 e 50; 338, nota 53; 356, nota 45.

(3) *Statuto di Vercelli* (*Mon. hist. Patriae*, XVI, 2, pag. 1090 e segg.), § 160.

(4) In LATTES, *Il diritto consuetudinario*, pag. 123. Così in molti altri statuti. V. per es.: *Statuti di Bergamo del 1491* (Brescia, 1491), collatio quinta, rub 49: " Item quod tales fugitivi ubicumque reperirentur capi et detineri possint, et bona eorum auferri per creditores... Et capti detineantur, nisi solvant creditoribus, vel idoneam satisdationem prestent de debito, vel iudicato solvendo, arbitrio iusdicentis, cuius auctoritate vel licentia capti fuerint ". *Statuti della mercanzia di Verona del 1319*, II, 2: " ...si non solverit incontinenti, personaliter eum faciam detineri et non permittam relaxari, nisi prius solverit ". V. anche gli Statuti citati da PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 335-336, note 41-46.

68. Nel secolo XIII noi troviamo dunque l'evoluzione compiuta e l'esecuzione ridotta nelle mani della pubblica autorità (1). L'inesecuzione del giudicato è considerata come un atto di disobbedienza, che il potere pubblico deve a un tempo punire e vincere. Donde una quantità di misure che tengono della pena e del mezzo esecutivo. Fra queste abbiamo già ricordato il *bando* e il *carcere*: vi si devono aggiungere: la *multa* (2) (anche il bando implicava spesso la multa, o addirittura si risolveva nel pagamento di una multa) (3), il *confino* (4), la *inhibitio curiae*, cioè l'esclusione dal palazzo del comune, con la conseguente impossibilità di ricorrere all'autorità (5), il *guasto* della casa del debitore (6), e nelle cause degli ecclesiastici, la *scomunica* (7). Con tutti questi mezzi si esercitava sulla volontà del debitore una pressione, che doveva spesso riuscire efficace. Lo scopo era quello di ottenere l'adempimento della obbligazione per opera dello stesso obbligato, o, quanto meno, la consegna da parte di questi dei suoi beni al creditore, in pagamento del credito. Questa consegna o *datio in solutum* dei beni appare in molti statuti lo scopo normale del procedimento esecutivo: doveva perciò il debitore prestare un giuramento, con cui si impegnava a consegnare tutti i suoi beni (8), o, anche senza

(1) Non però senza opposizione della pratica. La consuetudine dell'esecuzione privata era così radicata, che anche in tempi relativamente recenti gli statuti dovevano reprimerla: v., oltre gli Statuti citati da WACH, *Arrestprozess*, pagine 35-36, *Statuti di Albenga*, cit., *rub. ut nullus possit facere privatos carceres propria temeritate*: " Statuimus et ordinamus quod nulla persona cuiuscumque status et conditionis existens civis vel districtualis Albingane possit valeat nec sibi liceat propria auctoritate detenere vel incarcerare aliquam personam seu personas in domo propria sine licentia magistratus et nisi per magistratum Albingane hoc ordinatum fuerit ".

(2) PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 334, nota 35; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 87, nota 3.

(3) PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 337, note 48, 49, 50; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 87, nota 3; WACH, *Manifestationseid*, pag. 460.

(4) PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 335, note 36, 37, 38.

(5) PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 335, nota 39.

(6) PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 335, nota 40.

(7) PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 337, nota 47.

(8) *Statuti di Moncalieri* (della prima metà del sec. XIII, v. WACH, *Manifestationseid*, pag. 459, nota 60) in *Mon. hist. patriae*, II, 1351 e segg: " et tunc statim condemnatus, si actor velit, omnia sua bona, quaecumque habet, vel

giuramento, doveva consegnarne subito almeno tanti quanti fossero necessari a pagare il debito (1).

Ma era possibile che, malgrado il giuramento e malgrado le multe comminate per la violazione della promessa giurata, la *datio in solutum* non avesse luogo; era possibile che il debitore si rifiutasse di prestare il giuramento o si assentasse per non prestarlo. In questi casi soccorreva la pubblica autorità, che si sostituiva al creditore, facendo la consegna dei beni invece di lui (2).

E la *datio in solutum* fatta dal giudice valeva come consegna fatta legittimamente dallo stesso debitore: " Quae datio in solutum sic facta per iudicem valeat et teneat ac si per ipsum debitorem legitime facta esset „ (3).

Particolarità di questa *datio per iudicem*, è che essa aveva un

---

alius tenet ipsius nomine, consignare teneatur praestito sacramento, dato sibi termino a iudice arbitrio suo ad consignandum„: *Statuti di Ivrea* (del principio del secolo XIV, v. Wach, *Manifestationseid*, pag. 460, nota 62), in *Mon. hist. patriae*, II, 1099 e segg.: " qui condemnatus non solverit infra terminum condemnationis, debeat quolibet mense cum iuramento omnia bona sua, si creditor maluerit, ipsi creditori dare in scriptis „. È questa una delle applicazioni più interessanti del giuramento di manifestazione: v. Wach, *Manifestationseid*, pag. 459 e segg.

(1) *Statuto di Torino del 1360* (*Mon. hist. patriae*, II, 441 e segg.): " teneatur condemnatus consignare omnia bona sua ad petitionem creditoris, nisi in scriptis sive sacramento dare voluerit creditori tantum de re mobili, unde sibi de suo credito solvi potest „.

(2) *Statuto di Venezia del 1242*, I, 51: " Stando quoque eo [debitore] in carcere, si scietur ubi fuerit de habere illius, jubebit illud Dux intromitti et dabitur creditori, si etiam proprietatem debitoris creditor investire voluerit, dabitur ei investitio „; *Statuto di Torino*, cit., col. 659: " et facta denunciatione tali, veniat vel non veniat debitor, aestimentur bona debitoris per aestimatores Communis ad hoc electos et dentur in solutum usque ad summam declarati debiti „; *Consuetudini di Milano del 1216* (*Mon. hist. patriae*, XVI, 859 e segg.), III: " consules ipsum in possessionem mittunt vel per aestimatores reipublicae, qui sunt numero XII, rem immobilem faciunt subtiliter extimari et publica interveniente scriptura ipsam in solutum dant creditori „; *Statuto di Verona del 1228* (*Liber iuris civilis urbis Veronae*, Verona, 1728), cap. 32: " bona ipsius dabo in solutum creditoribus volentibus ea accipere „; *Statuto di Piacenza del 1391* (in *Statuta varia civitatis Placentiae*, Parmae, 1860), II, 14: " dictum pignus detur per ipsum iudicem in solutum creditoribus usque ad concurrentem qualitatem pro debito et expensis „.

(3) *Statuto di Piacenza*, cit. V. su tutto ciò Menestrina, *Accessione*, pag. 90 e segg.

doppio carattere: era a un tempo esecuzione mediante soddisfacimento per equivalente e mediante costringimento della volontà. Essendo infatti generalmente stabilito che il debitore potesse, entro un certo termine più o meno lungo, ricuperare i suoi beni, pagando il credito e le spese (1), ne derivava che la *datio in solutum* passasse attraverso due stadi: uno provvisorio, durante il quale era aperto l'adito al riscatto, e uno definitivo. Nel primo, la *datio* era una misura di conservazione e di coazione: nel secondo un mezzo di soddisfacimento per equivalente. Per la somiglianza esteriore che la *datio in solutum* aveva con la *missio in possessionem* romana, gli statuti e la dottrina la identificarono con la *missio*, e credettero di completare la configurazione dell'istituto di schietta origine medioevale e statutaria, identificando altresì i due stadi, provvisorio e definitivo, della *datio in solutum*, con i due stadi della *missio in possessionem* della *cautio damni infecti*. Inventarono così una *missio in possessionem ex primo decreto* e una *missio in possessionem ex secundo decreto* che il diritto romano conosceva nella *cautio damni infecti*, ma che ignorava completamente nel campo in cui la si volle qui applicare, nel campo cioè della procedura esecutiva e contumaciale (2). Ma col concetto romano della *missio in possessionem* penetrano nell'istituto della *datio in solutum per iudicem* anche i concetti propri della *missio rei servandae causa*, il *pignus praetorium* e la vendita. Innestato il concetto del pegno su quello della *datio in solutum*, rimaneva infatti aperta la doppia via: della aggiudicazione definitiva della cosa al creditore, o della vendita. Questa avvenne prima per opera dello stesso creditore, poi per opera di un pubblico ufficiale, all'incanto: noi troviamo negli statuti tutte e tre le forme: della aggiudicazione, della vendita privata e della vendita all'incanto, tutte e tre compatibili con la forma assunta dalla esecuzione nel diritto statutario (3). Tale la origine e la configurazione della procedura esecutiva *speciale* del diritto medioevale italiano, che, nata dalla fusione della *datio in*

(1) Cfr. MENESTRINA, *Accessione*, pag. 93, nota 2; LATTES, *Diritto consuetudinario*, pag. 118.

(2) V. SCHRUTKA, RECHTENSTAMM, *Zur Dogmengeschichte und Dogmatik der Freigebung fremder Sachen im Zwangsvollstreckungsverfahren*, Berlin, 1888-1893, I, pag. 51 e segg.; MENESTRINA, *Accessione*, pag. 93 testo e nota 1.

(3) V. gli statuti citati in MENESTRINA, *Accessione*, pag. 93-94.

solutum per iudicem del diritto locale e consuetudinario con la *missio rei servandae causae* e con la *cautio damni infecti* del diritto romano, fu qualche cosa di assai diverso dal *pignus in causa iudicati* del diritto giustinianeo, che non ebbe veramente sul suo sviluppo una influenza diretta, malgrado che glossatori e commentatori continuassero a esporre il sistema del *corpus iuris* in materia di pegno giudiziale come diritto ancora del tutto vigente.

69. Uno sviluppo analogo e parallelo a quello della esecuzione speciale ebbe la esecuzione generale e collettiva, in caso di insolvenza. L'opinione che può dirsi oramai dominante circa l'azione della procedura di fallimento nel diritto medievale, è quella, messa innanzi dal Seuffert, che l'esecuzione collettiva in caso di fallimento sia una derivazione dell'istituto del *sequestro*. Il sequestro, svoltosi dal pignoramento privato, avrebbe, alla sua volta, dato origine alla procedura di fallimento: il caso del debitore fuggitivo sarebbe stato l'anello di congiunzione tra i due istituti. In questo caso il sequestro, come misura assicurativa, avrebbe colpito tutti i beni del presunto debitore, l'intiero suo patrimonio: e persistendo la latitanza, si sarebbe trasformato da misura assicurativa in mezzo esecutivo, dando adito al soddisfacimento di tutti i creditori, che sarebbe pertanto avvenuto per contributo, e in proporzione dei crediti. L'istituto romano della *missio in possessionem rei servandae causa* avrebbe servito a questo scopo, col suo *curator* incaricato della custodia e della vendita dei beni, e con la *bonorum distractio*, per mezzo della quale il valore dei beni poteva essere realizzato in danaro (1).

Che l'istituto del sequestro, sorto probabilmente durante il secolo XII, diffusosi e consolidatosi nel secolo XIV, abbia esercitato influenza sullo sviluppo della procedura di fallimento, non può mettersi in dubbio. Ma non altrettanto sicura è la diretta derivazione della procedura collettiva dal sequestro generale. Il sequestro *generale* dei beni del debitore fuggitivo, di cui parla Wach,

(1) Seuffert, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nördlingen 1888, pag. 49 e segg. e *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig 1899, pag. 2; Hellmann, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, Berlin 1907, pag. 11 e segg.; Bonelli, *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, estr. dalla “ Giur. it. „, Torino 1899, pag. 22 e segg.

e che avrebbe segnato il ponte di passaggio tra il sequestro e il fallimento, è istituto, di cui le notizie più antiche risalgono al secolo XIV, in epoca in cui la procedura di fallimento era già conosciuta e largamente disciplinata in molti statuti. Inoltre la derivazione della procedura di fallimento dalla procedura di sequestro presuppone l'anteriorità di questa di fronte a quella, mentre le fonti ci mostrano i due istituti sorgere all'incirca contemporaneamente e forse con una lieve precedenza a favore della esecuzione collettiva. Sebbene la procedura di fallimento abbia raggiunto un grado notevole di sviluppo soltanto negli statuti dei secoli XIV e XV, non mancano esempi di statuti del secolo XIII, che se ne occupino con una certa precisione e larghezza. Norme, appartenenti sicuramente al principio del secolo XIII ci mostrano la procedura collettiva di esecuzione regolata a Vercelli e a Siena intorno al 1220 (1).

---

(1) *Statuti di Vercelli* (in *Mon. hist. patriae*, XVI, 2, pag. 1090 e segg.), § 158 [del 1226]: " Item statutum est quod si quis creditor habet vel deinceps habuerit possessionem de bonis vel rebus debitorum, sive ipsam habeat vel habuerit auctoritate consulum iusticie vel executorum, vel aliorum officialium vel voluntate debitoris, vel alioque modo, *quod alii creditores simul intelligantur esse in possessionem cum ipso creditore, qui ipsam habet, vel deinceps habuerit possessionem. Ita ut equaliter creditoribus secundum prerogativam temporis si concurrerint sui debiti debeat fieri satisfatio per extimatores communis Vercellarum* ". *Costituto di Siena del 1262* (ZDEKAUER, *Il costituto del comune di Siena del 1262*, Milano 1897, pag. 224 e segg.); cap. LXXIII [del 1224]: " Et si aliquis civis Senensis vel de iurisdictione Senensi aufugerit cum avere civis vel civium Senensium... ipsum de civitate et districtu exbanniam et exbanniri faciam... et tamdiu exbannitus existat, quamdiu se aptaverit cum creditore vel creditoribus... Sed si ille talis debitor civis Senensis vel de iurisdictione Senensi fuerit praesens in civitate Senarum, faciam de eo, tam in persona quam in avere, ad voluntatem creditoris vel creditorum: ...*et omnia bona, tam mobilia quam immobilia, dabo et distribuam et dividam inter creditores ad voluntatem creditorum*, secundum tenorem et modos illius capituli, quod sic incipit " Et si aliquis Senensis debitor alicuius vel aliquorum civium " et cetera " [vale a dire il cap. LXII]. Cap. LXII: " Ad quod faciendum eligatur unus iudex consensu partium; et si partes non concordaverint, eligam ipsum meo arbitrio, et quod sententiaverit vel statuerit inter eos, firmum tenebo et teneri faciam ". Cap. LXXV: " Et studebo invenire bona fide sine fraude et inventa penes me reducere *omnia illorum bona, qui multis vel uno usque ad quantitatem debiti, creditoribus relictis, moriuntur, vel de civitate recedunt vel aufugiunt; ad quorum creditorum debiti satisfactionem sufficientia non creduntur; et postea sive posmodum inter creditores*

70. Con tutta verosimiglianza la procedura esecutiva generale e collettiva sorse al pari della speciale, dalla *datio in solutum* della parte. I mezzi di coazione, bando, carcere, multa, che la pubblica autorità adoperava per ottenere l'adempimento dell'obbligazione, costringevano il debitore, in caso di insolvenza, a porre a dispozione dei creditori tutto il suo patrimonio. Noi abbiamo già veduto che il debitore era, per tal modo, indotto a promettere con giuramento la consegna di tutti i beni: *Omnia sua bona, quaecumque habeat, consignare teneatur* (1). Ed in una disposizione del Costituto Senese del 1262, richiamata in un'altra disposizione del 1224 e perciò anteriore a quest'anno, era stabilito: " Si aliquis Senensis debitor alicuius vel aliquorum civium Senensium de eo debito, unde confessus fuerit sua confessione, vel de iure convictus, vel de eo, unde voluerit stare iudicio, non satisfecerit, cogam ipsum et sua bona et iura mobilia et immobilia dare et concedere et refutare creditori vel creditoribus, et inde cartam facere ad dictum sui vel illorum iudicum, et de his omnibus possessionem tradere, distribuendam secundum ius et constitutum inter creditores " (2).

Ora, poteva darsi che il debitore, in luogo di consegnare i suoi beni, si sottraesse con la fuga all'applicazione dei rigorosi mezzi coercitivi minacciati contro di lui. Questo caso doveva essere molto frequente, sia per la gravità delle pene sancite contro i debitori insolvibili, sia per la facilità, con cui si poteva, riparando nel territorio di un Comune vicino, scampare ai rigori della giustizia del proprio paese. Il debitore insolvente e il debitore fuggitivo furono dunque, bene a ragione, identificati dalla legislazione e dalla dottrina di questo periodo: e nel caso di fuga fu ammesso generalmente e senza difficoltà, che la consegna di tutti i beni ai creditori avvenisse per opera della pubblica autorità. In questo caso la *datio in solutum per iudicem* fu, di necessità, una *datio in solutum* generale. In questo procedimento il principio officioso si afferma con grande energia: il magistrato non solo dà di piglio al patrimonio

---

secundum quod leges et constituta dittant, dividam et distribuam infra III menses post querimoniam mihi depositam ". Cfr. Arcangeli, *Gli istituti del diritto commerciale nel costituto Senese del 1310*, nella " Riv. di dir. comm. ". 1906, pag. 50 dell'estratto.

(1) V. sopra, pag. 190, testo e nota 48.

(2) *Costituto Senese del 1262*, cap. LXVII (v. anche sopra, pag. 194 nota 1).

del debitore, ma lo distribuisce egli stesso fra i creditori. Una disposizione del Costituto di Siena, del 1262, certamente di assai anteriore a quest'anno, ci mostra compiuto il passaggio dalla *datio in solutum* generale della parte alla *datio in solutum* generale *per iudicem*; Cap. LXXIIII: *uti qui cum havere alterius fugerit, non possit esse civis*: " Et tenear ego potestas ex officio meo, non servato iuris ordine subtiliter invenire et perquirere bona sua et iura et alienationes et baractamenta, si dicerentur facta vel facte de rebus et bonis eius, et precipue per famam et duellum: et ea partiri inter creditores, secundum iura et constituta " (1).

A questa *datio in solutum* generale dei beni del debitore fuggitivo, fatta dalla pubblica autorità, era ben naturale che si applicassero i principii della *missio in possessionem* del diritto romano (2).

L'istituto romano della *missio* non era mai venuto completamente meno: ne troviamo traccie nella pratica e sopratutto nella dottrina anteriormente al sorgere della scuola di Bologna. Nella *Summa codicis* attribuita ad Irnerio, ma appartenente probabilmente ad un giurista della scuola di Roma della fine del secolo X, si tratta con precisione ed ampiezza sufficienti della *missio in possessionem rei servandae causa*, e specialmente della *missio* contro il latitante (3).

L'analogia strettissima della *datio in solutum* generale dei beni del debitore fuggitivo, con la *missio in possessionem* contro colui *qui fraudationis causa latitat*, doveva, d'altro canto, facilitare la confusione tra i due istituti.

La quale fu opera specialmente della dottrina, che inoltre, al solito, identificò la *missio in possessionem rei servandae causa* con la *missio* in caso di *cautio damni infecti*. E venne fuori anche qui una doppia immissione, una *missio in possessionem ex primo decreto*, e una *missio in possessionem ex secundo decreto*, che è nuova prova della comune origine della esecuzione speciale e della esecuzione generale. In caso di latitanza o di fuga del debitore, si

---

(1) *Costituto Senese del 1262*, cap. LXXIII, v. anche cap. LXXV.

(2) V. *Statuti di Vercelli del 1226*, cap. 158, citato a pag. 194, nota 1.

(3) Fitting, *Die Summa codicis*, Berlin 1894, pag. 260.

faceva luogo alla *missio in bona*. Questa *missio* era, con un primo decreto, concessa dietro cognizione sommaria: non occorreva che l'attore provasse in modo pieno il suo credito, bastava che prestasse il *iuramentum calumniae* (1). Col primo decreto il creditore acquistava la *custodia et defensio rerum, idest iudiciale vel praetorium pignus* (2). Se i creditori erano più, tutti partecipavano alla *missio* con uguali diritti (3). La *possessio ex primo decreto* durava un certo termine, entro il quale il debitore poteva riscattare il suo patrimonio (4). Se non lo faceva, a domanda dei creditori si emanava il secondo decreto (5). Occorreva qui una cognizione piena, e la piena prova del credito da parte dell'attore data *per publicum instrumentum vel per duos testes* (6). In base al secondo decreto seguiva o la assegnazione dei beni in pagamento, o l'autorizzazione alla vendita. Anzitutto, a domanda dei creditori, si faceva una pubblica citazione del debitore, e dopochè questa era rimasta infruttuosa, si avvertivano con bando pubblico gli altri creditori, i titolari di diritti reali sui beni del debitore, e coloro che avessero voluto assumere la difesa di questi. Se non si trovava un *defensor*, era nominato un *curator bonorum*, incaricato di fare l'inventario del patrimonio, di amministrarlo, di assumerne la rappresentanza, ed, eventualmente, di venderlo (7).

---

(1) DURANTIS, *Speculum iudiciale*, Venetiis 1488, vol. II, rub. *de primo et secundo decreto*: "Caveat ergo iudex ut non procedat ad dandam possessionem antequam actor summatim declaret debitum in personali, vel antequam doceat summatim de iure suo in reali".

(2) DURANTIS, *Spec. iud.*, rub. cit.: "per illud [decretum] habet missus et custodiam et defensionem rerum, quod dicitur iudiciale vel pretorium pignus; videtur enim sibi constitutum postquam inductus est in possessione".

(3) DURANTIS, *Spec. iudiciale*, rub. cit.: "est et alius effectus primi decreti, nam missio unius creditoris prodest omnibus".

(4) DURANTIS, *op. cit.*, rub. cit.: "si is qui passus est missionem venerit intra annum coram iudice, poterit recuperare possessionem, satisfacto tamen prius actore in debito, damnis et expensis, quae propter eius absentiam sustulit et sine dolo fecit".

(5) DURANTIS, *Speculum iudiciale*, rub. *de secundo decreto*: "Est autem secundum decretum secundus iussus iudicis, quo iubet bona alicuius propter contumaciam *possideri*, quae prius ex primo decreto *detinebantur*".

(6) DURANTIS, *Speculum*, loc. cit.

(7) DURANTIS, *Spec. iud.*, rub. cit.: "Porro a iudice huiusmodi petitione recepta, citetur reus iterum et si venerit ordinario iudicio procedatur... si non venerit, faciat per publicum preconem proclamari quod omnes alii creditores et ius ha-

A questo punto penetrò nell'istituto della esecuzione generale un terzo elemento, il sequestro, che, formatosi e generalizzatosi durante i secoli XIII e XIV, era singolarmente adatto a rinvigorire e completare la disciplina giuridica dell'insolvenza. Sequestro ed esecuzione generale avevano simile il punto di partenza: la esecuzione generale presupponeva un debitore *fuggitivo*; il sequestro un debitore *sospetto di fuga* (1): naturale perciò che quel provvedimento, il quale sembrava opportuno in caso di sospetto, si applicasse anche in caso di effettiva latitanza. Tanto più che anche in caso di insolvenza una misura conservativa, diretta a mettere in salvo i beni del debitore, per conservarli al soddisfacimento di coloro che risultassero poi creditori, era di una incontestabile utilità. Non tanto perciò la necessità di prescindere dalla cognizione piena, e di evitare così lungaggini incompatibili con l'urgenza del provvedere, quanto la opportunità di far precedere alla realizzazione del patrimonio una misura di semplice conservazione, suggerì di estendere alla procedura generale, in caso di insolvenza, i principi proprii del sequestro. Vediamo perciò il sequestro, prima praticato solo per singoli beni, estendersi a tutto il patrimonio, innestarsi alla esecuzione generale e diventare una fase preparatoria di questa. Un accenno di tale intrusione del sequestro nella procedura di esecuzione generale, si trova già negli Statuti dei giudici del Petizion di Venezia del 1244 (2). Ma negli statuti dei secoli

---

bentes in bonis illis, vel ea defendere volentes, compareant coram eo... Quod si nullus defensor appareat, constituetur curator ipsis bonis; curator, bonis absentis et indefensi perquisitis, de illis faciet inventarium, quod scribetur in actis iudicis... curator bona illa defendet et contestabit litem et iurabit de calumnia cum petitoribus, qui petierunt sibi dari in solutum bona debitoris... Et procedetur in lite cum curatore vel defensore hoc modo; producentur enim instrumenta et probationes hic inde, et iudex secrete eliget aliquos viros idoneos qui sciant bona debitoris, et ii sacramento prius ab eis prestito, existimabunt fideliter illa in inventario scripta; quae estimatio singularum rerum iudici secrete dabitur et in actis redigetur, et postea bona ipsa vendantur ".

(1) WACH, *Arrestprozess*, pag. 89 e segg.; BONELLI, *Decadenza*, pag. 24 e segg.

(2) *Statuta iudicum petitionum del 1244* (in *Volumen Statutorum, legum ac iurium tam civilium quam criminalium dd. Venetorum*, Venezia 1709, pag. 131 e segg.): " Praeterea ordinamus, quod si de aliquo Veneto debitorum onere praegravato a libris denariorum venetorum C super, fuerit quaerimonia deposita coram dictis tribus sapientibus, quod nollet reddere debitum, si apparuerit eis, quod vera et iusta sit quaerimonia creditorum, et fama suspicionis contra de-

successivi è generale la disposizione, per cui il debitore poteva far cessare la procedura avviata, fornendo idonea cauzione, personale o reale, nella quale è chiara l'influenza dei concetti proprii della procedura di sequestro (1).

71. Da tutto ciò risulta che l'istituto del fallimento del diritto medievale italiano sorse, a somiglianza di quanto avvenne per la *bonorum distractio* romana, dalla esecuzione mediante costringimento della volontà. In caso di fuga o di latitanza, l'uso dei mezzi, diretti a obbligare il debitore insolvente alla consegna dei beni, si dimostrava inefficace; e si sostituì alla consegna della parte la consegna eseguita dalla pubblica autorità. Questa consegna di tutti i beni fu dalla dottrina identificata con la *missio rei servandae causa* contro colui *qui fraudationis causa latitat* del diritto romano, e ad essa furono applicati i principî della *missio*, come era intesa dai glossatori e dai commentatori, cioè modificata dal concetto di una doppia immissione, tratto dalla *cautio*

---

bitorem fuerit secundum eorum discretionem, tunc auctoritate nostra nostrique Consilii, et communis Venetiarum faciant dictum debitorem hac de causa capere et detinere, *et eius bona mobilia et immobilia intromittere et conservare pro satisfactione creditoribus facienda* de dictis bonis, salva ratione omnium personarum „.

(1) *Statuti di Milano del 1341*, lib. VII: " Item si quis debitor ex causa negociacionis vel cambii vel pecunie commodate seu deposite, vel ex precio alicuius rei mobilis fugam fecerit et se absentaverit, statim postquam de fuga ipsius constiterit, si non comparuerit coram consulibus ex quo citatus fuerit, *vel si comparuerit et non satisdederit de solvendo* ut superius, etc. Salvo quod non intelligatur fugiens qui comparuerit et sponte petierit se mitti in carceribus pro debito in quo est obligatus, *vel si presentaverit coram iusdicente tot pignora mobilia*, ex quibus possit satisfieri creditori „. Egualmente lo Statuto della mercanzia di Piacenza del 1343 riprodotto da quello di Milano, in *Statuta varia civitatis Placentiae*, Parmae 1860, pag. 201; lo Statuto della mercanzia di Brescia del 1429, rub. 92 (in *Statuta civitatis Brixiae*, Brixiae 1607, pag 363); lo *Statuto di Bergamo* del 1491 (*Statuta communis Bergomi*, Brescia 1491, collatio quinta, n° 48); lo Statuto della mercanzia di Crema del 1429, rub. 92. Particolarmente notevole poi in questo senso lo *Statuto dei mercanti* di Bologna del 1509 (*Statuti della honoranda Università dei mercatanti della inclita città di Bologna*), rub. XLVIII: " Et in caso che e 'l detto tale cessante fuggitivo o herede di morto havere si potesse, o citato comparisse, *sia tenuto et debba dare sofficiente sigurtà di stare a ragione et satisfare intieramente alli suoi creditori delle quantità et cose che apparesse quelli creditori dovere avere et ricevere da lui...* „.

damni infecti. A questi due elementi se ne aggiunse un terzo: il sequestro, e così restò fissato, nel secolo XIV, l'istituto del fallimento, in quelle linee essenziali, che passarono nelle legislazioni posteriori, e che costituiscono ancora oggi il nucleo della disciplina giuridica dell'insolvenza. Tutti e tre gli istituti, che concorsero a formare l'istituto del fallimento nel diritto medievale italiano, vi impressero traccie caratteristiche: la dazione del patrimonio per opera del giudice il carattere energicamente ufficioso che distingue il fallimento italiano dalla *bonorum venditio* romana; la *missio in possessionem* il concetto di un pegno spettante ai creditori sul patrimonio del debitore, il principio del soddisfacimento proporzionale sulla base dell'uguaglianza, l'idea dell'amministrazione deferita a un *curator*, e la realizzazione in danaro mediante la vendita; il sequestro il concetto di una misura assicurativa, indipendente dalla piena prova del credito, presa a vantaggio non dell'instante, ma di chi risulterà effettivamente creditore, avente per effetto la privazione della disponibilità dei beni nel debitore, e la loro conservazione per opera e sotto la vigilanza del magistrato. Solo tenendo presenti i diversi elementi che concorsero alla costituzione dell'istituto se ne può comprendere l'intima struttura (1).

72. Le norme di diritto materiale e processuale relative al fallimento si applicano, quasi dovunque, a ogni specie di debitori. Le leggi Venete si riferivano, secondo uno Statuto del 1395, a " quicumque aufugerit de cetero de Venetiis cum bonis et habere aliorum " (2). Nello Statuto della Mercanzia di Bologna del 1509,

---

(1) In sostanza dunque, come è da respingersi l'opinione che la procedura di fallimento derivi da quella di sequestro, e sia perciò di origine germanica, così non può negarsi l'influenza che sul suo ulteriore svolgimento e sul suo assetto definitivo esercitò l'istituto del sequestro generale. A questa influenza si deve precisamente quel carattere ufficioso della procedura (comune del resto così alla esecuzione individuale come alla collettiva), che si affermò proprio nel diritto statutario italiano, e di cui a torto perciò il KOHLER fa risalire il merito o la colpa al diritto spagnuolo. Cfr. KOHLER, *Lehrbuch*, pag. 8 e segg.; *Leitfaden*, pag. 11 e segg.

(2) *Legge del Maggior Consiglio del 27 marzo 1395* in *Nove leggi et ordini di diversi Consigli di Venezia* (*Statuta Veneta*, pag. 213). Anche lo *Statuto dei giudici del Petizion* (a. 1244) prevede il caso generale " de aliquo Veneto debi-

si stabiliva espressamente che la legislazione sui falliti dovesse applicarsi ad ogni persona, anche non commerciante, che cadesse in istato di fallimento (1). Disposizioni che comprendono tra i falliti ogni specie di debitori hanno anche gli statuti di Genova del 1498, e i due Costituti di Siena del 1262 e 1310 (2). Gli *Statuta populi et communis Florentiae* del 1415, dopo avere (lib. III, rub. I) dichiarato cessante e fuggitivo " quicumque mercator vel artifex descriptus in aliqua arte et matricula... qui vel de civitate comitatu vel distructu Florentiæ vel de quacumque mundi parte, cessabit vel aufugiet cun rebus et pecunia alienis, seu sibi creditis „, aggiungono (rub. 16): " ...etiam quaecumque alia persona, contra quam sententiatum fuerit, si non solverit integraliter suis creditoribus vel cum ipsis non se concordaverit, carceretur, et omnia sua bona

---

torum onere praegravato „ (v. sopra, pag. 198, nota 2). E questo carattere si mantiene costante durante tutto lo svolgimento della legislazione veneta sul fallimento; *legge del Maggior Consiglio dell'aprile 1425* (*Statuta Veneta*, pag. 216): " Si andarà parte oltre de coleio li zudesi nostri de Petition nè alcun allio officio se possa per alcun modo forma over color, impazzarse *de alcun aggravado de debito*, ma debbino *li detti aggravadi de debiti* haver recorso all'officio nostro di sopraconsoli .. „. *Decreto del Gran Consiglio del 12 marzo 1611* (*Statuta Veneta*, pag. 414), dove è detto espressamente: " e perchè si trova certa conditione di huomini, *che non sono mercanti*, nè tengono scrittura, ma sono persone miserabili, per non privar tal sorte di gente del suffragio della affida, ecc. „. Cfr. Pertile, *Storia*, VI, 2, 392; Lattes, *Il fallimento nel diritto comune e nella legislazione bancaria della repubblica di Venezia*, Venezia 1880, pag. 16-17.

(1) *Statuti della mercanzia di Bologna del 1509*, cit. rub. XLVIII: " Et più generalmente provedendo ordiniamo et statuimo che se da mo inanci accaderà ch'alcuna persona habitante nella Città o contà di Bologna, così maschio come femina, *di qualunque conditione voglia essere o sia, la quale non s'essercitasse in alcun mistiero o trafico e fallisse*, o che s'absentasse dalla stessa Città, guardie e Contà di Bologna, o che s'occultasse in danno e pregiudizio dei suoi creditori, *sia e s'intende essere fuggitivo e cessante, e si possa procedere contra lui a tutti gli atti secondo le forme de presenti Statuti*, che parlano de cessanti e falliti, così come s'egli fosse artefice e havesse botega o statione nella città di Bologna, nè possa opporre nè allegare cosa alcuna in contrario „.

(2) *Statuti di Genova del 1498*, libro IV, cap. VII: *de decretis* (in *Statutorum civilium reipublicae Genuensis libri sex*, Genuae 1689, pag. 125): " *Quicumque* comparuerit coram magistratu ruptorum et docuerit se esse debitorem librarum mille in plus, asserendo non posse creditoribus suis satisfacere, declaretur a dicto magistratu ruptus. *Si quis latitaverit seu se absentaverit mole creditorum...* declaretur ruptus ad instantiam cuiuslibet ex creditoribus „. Per la legislazione Senese v. Arcangeli, *op. cit.*, pag. 51.

stagiri et sequestrari debeant „ (1). Gli Statuti di Padova del 1420 definiscono il fuggitivo: come chiunque " non possideat bona sufficientia ad debita sua solvenda „ (2). Anche gli Statuti che si occupano più specialmente dei debitori commercianti, lo fanno in modo da comprendere nelle loro disposizioni anche i debitori civili. Così gli Statuti milanesi del 1341, e gli altri Statuti lombardi calcati sul tipo dei milanesi, si occupano " de mercatoribus, campsoribus *et aliis personis* fugitivis „. E gli Statuti milanesi sottopongono alla giurisdizione dei *consules mercatorum* non i soli mercanti, ma qualunque " debitor ex causa negociacionis vel cambii, vel pecunie commodatae seu depositae, vel ex precio alicuius rei mobilis „ il quale " fugam fecerit et se abscientaverit „ (3). Il fatto del resto che taluni statuti della mercanzia si occupino principalmente dei mercanti fuggitivi o falliti, è ben naturale, in quanto sui mercanti appunto e i loro assimilati si estendeva la giurisdizione mercantile (4): ma ciò non importa che una esecuzione generale e collettiva non fosse stabilita anche pei non commercianti negli Statuti civili delle dette città (5). L'origine della procedura di falli-

---

(1) *Statuto di Firenze del 1415*, libro tertio, rubrica 1 (in *Statuta populi et communis Florentiae*, Friburgi apud Michaelem Kluck, I, pag. 517).

(2) *Statuto di Padova del 1420*, rub. *de fugitivis* (in *Statuta patavina antiqua et reformata*, Patavii 1682, pag. 155): " Et intelligatur *quilibet debitor fugitivus*, qui non possideat bona sufficientia ad debita sua solvenda in Padua vel Paduano districtu, et ita recesserit quod publica fama sit ipsum aufugisse pro debitis suis „.

(3) *Statuti di Milano del 1341*; *Statuti della mercanzia di Brescia*, cit. n' 92 e 107; *Statuti di Bergamo*, cit. collatio quinta, n° 48; *Statuti della mercanzia di Crema* (in *Statuta mercantiae mercatorum magnificae civitatis Cremae*, Brixiae 1769), n' 52 e 107.

(4) Vi sono infatti statuti mercantili che sottopongono alle norme del fallimento tutti coloro che sono soggetti alla giurisdizione mercantile. Per es.: v. *Statuto della corte dei mercanti di Lucca* (del 1550 rif. nel 1610), Lucca 1610, lib. III, cap. 1, pag. 191: " Statuimo et ordinamo, che se alcuno cittadino di Lucca o vero distrettuale, uno o più, verrà alla Corte dei mercadanti della città di Lucca, davanti al Sig. Giudice della detta Corte, et dirà e mostrerà *che alcuna persona per qualsivoglia ragione tenuta e sottoposta alla detta Corte*, li debba dare scudi mille d'oro o più, ecc. „.

(5) In sostanza si avvicina ad una procedura generale di concorso, sebbene imperfettamente regolata, la procedura degli *Statuti civili di Brescia del 1313* (in *Mon. hist. Patriae*, XVI, 2, pag. 1586 e segg.). La procedura comprende

mento doveva del resto farla considerare come un istituto di diritto comune. Non si tratta di norme sorte per le necessità dei traffici nel seno della giurisdizione mercantile ed ivi poi codificate negli Statuti della mercanzia: si tratta di norme derivate da un istituto di diritto comune: la *datio in solutum per iudicem*, al pari della esecuzione singolare: formato mediante elementi tratti da istituti di diritto comune, come la *missio in possessionem*, e il *sequestro*, e che gli statuti dei mercanti accolsero come applicazioni speciali di norme generali, non già come norme speciali sorte dalla consuetudine mercantile (1).

73. Il fatto più saliente rivelatore della insolvenza è quasi dovunque considerata la *fuga* o anche solo la *latitanza* del debitore, donde la identificazione tra il debitore *fallito* e il debitore

---

tutti i beni: si parla infatti sempre di *res et bona debitoris*, e non di singoli beni: lib. III, § 13: " Juro ego consul ad Sancta dei evangelia quod bona fide sine fraude extimabo et extimari faciam *res et bona* illorum de quibus quaerimoniam habuero et illorum qui nec benis cesserint, aut qui arbitrio potestatis vel consulum satisfacere noluerint, secundum statuta nostrae civitatis ": lib. III, § 38: " Item quod quilibet creditor possit facere exclamari *bona debitoris sui* et procedere sub extimatoribus seu consulibus communis Brixiae ad recipiendum de ipsis insolitum secundum iuris ordinem et formam statutorum ". Alla procedura concorrono *tutti i creditori*: lib. III, § 38: " si bona debitoris sui fuerint exclamata vel extimata, aut sub aliis subhastata extracta coram extimatoribus seu consulibus per aliquem alium creditorem, non obstante quod dictus creditor, qui predictum processum facere nollet, non fecerit citari dictum debitorem nec processum aliquem contra illum ". Fra tutti i creditori è fatta la distribuzione del prezzo delle cose vendute: lib. III, § 13: " Et quidquid ad me [sc. *consulem*] pervenerit distribuam *inter creditores* et in scriptis redigam vel redigi faciam infra tertium diem ex quo habuero "; lib. III, § 14: " Item quidquid in me remanserit *distribuendum inter creditores vel alios*, ex quo exiero de hoc offitio seguenti consuli dabo et designabo infra X dies ": lib. III, § 15: " Item quod mulieribus de dotibus et donationibus et aliis suis rationibus debeat satisfari sub extimatoribus vel consulibus, vel alio modo *equaliter cum creditoribus* secundum tempora ". Cfr. MENESTRINA, *Accessione*, pag. 102-103.

(1) Le più antiche leggi comunali, infatti, che regolano la procedura di concorso sono: lo statuto dei giudici del Petizion di Venezia, del 1244; gli statuti di Vercelli del 1226, e il costituto Senese del 1262, contenente leggi che risalgono ai primi anni del secolo XII (v. pag. 194, nota 1); orbene, tutte e tre queste legislazioni, che segnano le origini della procedura di fallimento, non fanno distinzione fra commercianti e non commercianti.

fuggitico (1). Nello Statuto dei mercanti di Bologna del 1509 sono determinati con precisione i requisiti che deve avere la latitanza o la fuga, perchè possa costituire prova dell'insolvenza: " Item che tutti quelli mercatanti e artefici, delli quali si fa mentione nelli presenti capitoli, i quali oltre tre dì lavoratori staranno nascosti e latitanti nelle case delle loro habitationi o in altro luogo, per modo che non stiano a botega al modo usato, e non usino l'arte e il mistier suo al detto modo usato... s'intendano haver fallito et essere occoltati in fraude e danno dei suoi creditori „ (2). Del resto non la sola latitanza o fuga del debitore era considerata come prova della insolvenza, ma anche il semplice fatto del mancato pagamento (3), o la spontanea confessione del debitore (4); e al contrario l'allontanamento del debitore non era ritenuto indizio di insolvenza, se fosse dovuto a infermità o altra giusta ragione (5). Per la prova della latitanza o fuga, e in genere, nel-

---

(1) *Legge del Maggior Consiglio di Venezia del 27 marzo 1395* (in *Statuta veneta*, pag. 214), in fine: " Et intelligantur fugitivi omnes, qui per Supraconsules iuridice fuerint proclamati, vel intromissi, etiamsi essent per iudices petitionum seu per aliud officium primitus intromissi; tamquam debitorum onere praegravati, vel alia causa ad debita pertinente... „. *Statuti della mercanzia di Brescia*, num. 107: " Item Statuta loquentia contra fugitivos locum habeant et serveant, tam temporibus praesentibus quam futuris. Et quod quilibet debitor ex negotiationis causa teneatur solvere debitum in pecunia numerata. Et quilibet debitor vel fideiussor ex causis mercantiae... termino solvendo debitum elapso teneatur et debeat solvere creditori tantum in pecunia numerata et non in alia re, et nisi solverit debitum... personaliter capiatur et captus detineatur... „. *Statuti di Firenze del 1415*, lib. III, rub. 1: " Quicumque mercator vel artifex... qui... cessabit vel aufugiet cum rebus et pecunia alienis seu sibi credita, seu qui declaratus aut pronuntiatus fuerit per dominum potestatem aut capitaneum... tamquam mercator seu artifex cessans et fugitivus... ne de sua malitia glorietur, etc. „. *Statuti dei mercanti di Bologna del 1509*, rub. XXXVII: " Item che la dicta *cessatione, fuga, et occultatione et de non pagare* etiamdio se possa probare per la publica voce, etc. „. V. anche *Statuti di Genova* (cit. a pag. 201, n. 2) e di *Lucca* (cit. a pag. 202, n. 4).

(2) *Statuti dei mercanti di Bologna del 1509*, rub. XXXVI.

(3) *Statuti della mercanzia di Brescia*, cit. num. 107.

(4) *Statuti di Genova del 1498*, lib. IV, cap. VII: " Quicumque comparuerit coram magistratu ruptorum et docuerit se esse debitorem librarum mille in plus, asserendo non posse creditoribus satisfacere, declaretur a dicto magistratu ruptus „.

(5) *Statuti dei mercanti di Bologna del 1509*, rub. XXXXVI: *chi s'intende essere fuggitivo o cessante*: " Item che tutti quelli mercatanti e artefici, i quali

l'insolvenza, bastava la notorietà pubblica, la pubblica voce (1). La dichiarazione della insolvenza era fatta ad istanza di uno o più creditori (2): qualche volta anche d'ufficio (3).

74. Uno dei tratti più caratteristici della procedura italiana di fallimento, che la distingue dalla *bonorum venditio* e dalla *bonorum distractio* romana, è il posto assai importante fatto all'ingerenza della pubblica autorità. Di solito sono deputati alla procedura di fallimento giudici speciali. A Venezia, prima i giudici del Petizion, poi i *Sopraconsoli*; a Genova il *magistrato dei rotti* (4). Spesso l'incarico è affidato ai Consoli della mercanzia, e al Podestà (5).

---

oltre tre di lavoratori staranno nascosti e latitanti... s'intendano haver fallito et essere occoltati in fraude e danno dei suoi creditori, salvo se non apparesse caso d'infirmità o d'altra giusta cagione, ad arbitrio del giudice e delli Consoli della Mercantia... „.

(1) *Statuti di Padova del 1420*, rub. *de fugitivis* in princ.: " Et quandocumque erit aliqualis fama, et notitia, aliquem aufugisse propter debita, etc. ...Et intelligatur debitor fugitivus, qui non possideat bona sufficientia ad debita sua solvenda in Padua vel Paduano districtu et ita recesserit quod publica fama sit ipsum aufugisse pro debitis suis... „. *Statuti di Genova del 1498*, lib. IV, cap. VII *de decoctis*: " Si quis latitaverit seu se absentaverit mole creditorum, et sit debitor librarum mille vel supra, de quibus constet per testimonium trium testium, etiam summarie examinatorum, et attestantium saltem de publica voce et fama, declaretur ruptus „. *Statuti dei mercanti di Bologna del 1509*, cap. XLVII: " Item che la dicta cessatione, fuga et occultatione et de non pagare etiamdio se possa probare per la publica voce e fama sive nominanza per quatro testimoni mercatanti o artefici degni de fede; e quella tale prova a questo basti... „.

(2) *Statuti di Genova del 1498*: " ...declaretur ruptus ad instantiam cuiuslibet ex creditoribus „; *Statuto dei mercanti di Bologna del 1509*, cap. XLVIII: " Item sia tenuto quello de detti ufficiali, che a ciò sarà adito, a petitione delli detti creditori o della maggior parte di loro, o di alcuno di loro, che dovesse havere lire cento di moneta o più da tale cessante... fare et curare a tutta sua possanza, che egli habbia a sua posta tale cessente, fuggitivo o fallito... „. *Statuti di Padova del 1420*, rub. *de fugitivis*: " Et ad petitionem cuiuslibet creditoris sui, teneatur et debeat iudex Aquilae committere et fieri facere dictas proclamationes „; Statuti della corte dei mercanti di Lucca, citati alla pag. 202 nota 4.

(3) V. PERTILE, *Storia*, VI, 2, pag. 391, nota 60.

(4) LATTES, *Il fallim. nel diritto comune, nella legislaz. bancaria della repubblica di Venezia*, pag. 14-16; *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, pag. 311.

(5) *Statuti dell'università dei mercanti di Bologna del 1509*, rub. 44: " In primamente volemo ordinemo e statuemo chel Potestà o Capitanio de Bologna et el Iu-

Il giudice dei fallimenti non solo poteva, in taluni casi, aprire d'ufficio il procedimento, ma doveva, pur d'ufficio, porre mano su tutti i beni del fallito. Gli Statuti dei giudici del Petizion di Venezia del 1244 stabilivano: " auctoritate nostra nostrique Consilii et Communis Venetiarum faciant [i giudici del Petizion] dictum debitorem hac de causa capere et detinere, et eius bona mobilia et immobilia intromittere et conservare pro satisfatione creditoribus facienda „. Il costituto Senese del 1262 (cap. 73) stabiliva: " Et tenear ego potestas *ex officio meo*, non servato iuris ordine, subtiliter invenire et perquirere bona sua et iura et baractamenta „. Gli Statuti della mercanzia di Bologna del 1509: " Item providemo et ordiniamo che quello de li dicti officiali, lo quale a ciò sarà richiesto incontinenti quando ciò sia interpellato e a lui apparirà de la dicta cessatione, occultatione o fuga... sia tenuto de fare o de fare fare la descriptione de tutti li beni del cessante o morto e de tutto quello che haveno al tempo de la sua morte, e quelli far descrivere e sequestrare „. Egualmente lo Statuto della Mercanzia di Lucca del 1610: " Et siano tenuti et debbano i detti giudici immediate fare inventario per mano del notaro della Corte di tutti i beni mobili ed immobili, razioni et crediti, che troveranno et saperanno di tal fallito „. Solo alcuni Statuti, per esempio quelli di Milano e di Bergamo, stabiliscono, invece del sequestro nelle mani della pubblica autorità, l'immissione in possesso dei creditori (1). Il magistrato preposto ai fallimenti invitava anche, mediante pubblici bandi, coloro che possedessero beni di spettanza del fallito, a indicarli e consegnarli, perchè fossero riuniti alla massa (2). Il carattere officioso della procedura si rivela anche

---

dice de la dicta Università di mercatanti de la dicta Citate... habia pieno arbitrio e libera potestà in le cause mosse o che se moveranno contra tale fallito „; *Statuta magnifice civitatis Bergomi del 1491*, collatio quinta, cap. XLVIII: " praefatus D. Potestas et eius iudices, et consoles iustitiae et etiam DD Consules mercatorum ac etiam Mag. D. Capitaneus... debeant creditores ipsius fugitivi... ponere in possessione et tenuta bonorum et rerum dicti fugitivi „. Cfr. anche Lattes, *Legisl. comm.*, pag. 311.

(1) V. nota precedente.

(2) *Statuti di Padova*, rub. de fugitivis: " et praecipiendo quod quicumque habens vel sciens aliquem habere modo aliquo de bonis talis fugitivi, debeat denunciare iudici Aquilae usque ad octo dies „. V. anche *Statuti dell'Università dei mercanti di Bologna del 1509*, rub. XLIX; *Statuti Veneti del 1242*, lib. VI, cap. LXII; *Statuti dei mercanti di Lucca*, lib. IV, cap. 4.

nella iniziativa spettante al magistrato per la ricerca dei creditori, l'accertamento dei crediti e la loro ammissione al concorso. Mentre nella procedura romana della *bonorum venditio* era, in sostanza, lasciato alla diligenza del creditore il partecipare alla *missio*, qui il giudice, mediante pubblici avvisi, invitava i creditori a presentarsi e produrre i loro titoli entro un termine prestabilito, sotto pena di perdere ogni diritto in confronto dei comparsi (1). Anche l'accertamento dei crediti, che dovevano essere provati nei modi ordinari, avveniva mediante una speciale procedura, in cui largo campo era fatto all'iniziativa del giudice. Questi invero aveva facoltà di esaminare le carte e i libri del fallito per stabilire la composizione e l'ammontare del passivo e, in tale compito, poteva farsi coadiuvare da mercanti esperti della contabilità commerciale (2). Sorse per tal modo la *procedura di verificazione dei crediti*, ignota al diritto romano. Il principio ufficioso si manifestava altresì nella vendita e nella attribuzione dei beni del fallito ai creditori. La derivazione della procedura di fallimento dalla *datio in solutum per iudicem* appare qui assai evidente. Secondo parecchi statuti il magistrato procedeva infatti direttamente alla *datio in solutum*, cioè alla distribuzione dei beni fra i creditori (3).

---

(1) *Statuti dell'Università dei mercanti di Bologna del 1509*, rub. XLVIII: " Anchora debbia contenere la dicta crida che ciascuno che dovesse havere denari o alchuna cosa da tale cessante... infra lo dicto termino se facia scrivere al notaro che a questo serà deputato, sapiendo che chi non se farà scrivere al tempo non harà parte de beni che se retrovaranno ". *Statuti dei mercanti di Lucca del 1610*, lib. III, cap. 3: " Item statuimo et ordiniamo che passati i termini soprascritti sia tenuto et debba il sopradetto signor Giudice della Corte [sc. dei mercanti]... haver mandato per la città di Lucca nei luoghi et cantoni usati tre bandi, cioè ogni giorno uno, che ogni creditore di quel tal fallito et dei suoi compagni obligati ai debiti del fallito, si debba fare scrivere alla detta Corte fra giorni trenta prossimi dal dì del primo bando ". V. Lattes, *Legisl. stat.*, pag. 338.

(2) *Statuto dei mercanti di Bologna*, rub. LII. V. anche Lattes, op. cit., pag. 340, nota 2.

(3) Costituto di Siena del 1262, II, cap. LXVII: " Et nihilominus tradere tenear [ego potestas] bona debitoris creditoribus, si ab omnibus vel maiore parte fuero requisitus "; cap. LXXIV: " Et tenear ego potestas ex officio meo, non servato iuris ordine, subtiliter invenire et perquirere bona sua et iura..... et ea partiri inter creditores ". V. anche cap. LXXIII e LXXV. *Statuto di Bergamo del 1491*, coll. V, rub. XLVIII; *Statuti di Vercelli del 1241*, § CLVIII.

Secondo altri statuti, il magistrato, o il sindaco da lui nominato, poteva così vendere i beni come distribuirli fra i creditori (1). Altri statuti non parlano che della vendita, ma sempre affidata ai magistrati (2), od ai sindaci.

75. Le linee fondamentali della procedura risultano chiarissime da quanto si è detto finora intorno ai suoi caratteri generali.

Il primo effetto del procedimento è la presa di possesso di tutti i beni del debitore da parte della pubblica autorità. Questa presa di possesso non è solamente un sequestro, come viene generalmente definita (3), non ha solo carattere assicurativo, ma è anche il principio della espropriazione del debitore, ha cioe, anche, carattere esecutivo, in quanto che, ponendo mano sul patrimonio del fallito, l'autorità si propone di soddisfare i creditori. Precisamente come nella *datio in solutum per iudicem* dell'esecuzione singolare, la presa di possesso del pubblico ufficiale conduce o alla attribuzione delle cose al creditore, o alla vendita ed alla attribuzione del prezzo. Solamente, l'autorità non interviene qui a favore di un creditore singolo, ma di tutti i creditori: a beneficio di tutti, pertanto, ha

---

(1) *Statuto dei mercanti di Bologna*, rub. LXXIII: " Il qual Sindico abbia potesta di concedere et di vendere et per ciaschedun altro titolo alienare ciascuni beni mobili et immobili di tale debitore cessante, fuggitivo o morto.. Et tutto quanto quello che si riscuoterà, si parta tra i creditori, come è detto disopra in questo capitolo et nei precedenti. Et questo in quanto non siano stati assegnati legittimamente ad alcuno delli creditori in pagamento ". *Statuto di Firenze del 1415*, lib. III, rub. VI: " Quicumque Syndici vel officiales constituti vel constituendi per commune Florentiae... super fastis et negotiis cuiuscumque mercatoris seu artificis cessantis et fugitivi, vel eorum creditorum, possint vendere et alienare et in solidum dare bona, tam mobilia, quam immobilia, iura, et actiones talium debitorum cessantium, seu quae dicerentur esse ipsorum ".

(2) *Statuti Veneti del 1242*, cap. LXIII: " debbiano essi sopraconsoli, avanti che 'l proceda ad incantar alcuna proprietà di esso Fuggitivo, publicamente far stridar per lo Comandadore in doi domeniche in la Chiesa de la Contracta, dove questo tal fugitivo stara ". *Statuto dei mercanti di Lucca del 1610*, lib. III, cap. 4: " le cose mobili si debbano incantare giorni tre continui... et le immobili giorni otto continui, et passati detti incanti... si debbano le cose così incantate vendere et dare a chi più ne haverà proferto ".

(3) Anche da scrittori italiani; v., per es.: LATTES, op. cit., pag. 330.

luogo la presa di possesso dell'autorità; a beneficio di tutti l'attribuzione delle cose o del prezzo (1).

Negli statuti più antichi allo spossessamento del debitore per parte della pubblica autorità seguiva la consegna del patrimonio alla collettività dei creditori, a cui ne spettava la custodia in attesa della vendita o della *datio in solutum*. Si aveva così una vera e formale *missio in possessionem ex primo decreto* (2). Ma ben presto si diffuse la regola che l'amministrazione dei beni fosse assunta da uno o più *curatori* o *sindaci* o *capi di creditori*, scelti dal magistrato col consenso della maggioranza dei creditori o nominati dai creditori con l'approvazione del magistrato. Il loro carattere giuridico risulta piuttosto ambiguo: talora sono considerati come rappresentanti dei creditori: talaltra come pubblici ufficiali; ma l'ingerenza dell'autorità nella loro nomina e nell'esercizio delle loro funzioni accentua quasi dovunque la natura pubblicistica del loro ufficio (3).

La pubblica autorità, come si è visto, all'atto, in cui prendeva possesso del patrimonio del fallito, richiamava alla massa tutti i beni di spettanza del debitore, presso chiunque si trovassero. Non solo. Ma si reputavano proprietà del fallito anche i beni, che facevano parte del suo patrimonio, durante il periodo immediatamente antecedente alla dichiarazione di fallimento. Sorse così l'istituto del *periodo sospetto*, che varia, secondo i diversi Statuti (4); ed è diverso

---

(1) *Decreta Veneta*: decreto 11 aprile 1547: " Quod de cetero totum havere quod inventum fuerit alicui, qui pro debito fugerit, debeat poni ed esse communiter omnium creditorum, et in communitatem omnium creditorum debeat devenire „; *Statuto della mercanzia di Lucca*, lib. III, cap. 4: " Item vogliamo et ordiniamo che nessuno dei creditori possa particolarmente risquotere nè incorporarsi cosa alcuna dei beni del fallito, ma tutti debbano andare in mano del detto Sindico et promotore una o più „.

(2) *Costituto di Siena del 1262*, dist. II, cap. LXVII: " Et nihilominus tradere tenear [sc. ego potestas] bona debitoris creditoribus „. V. anche *Statuto di Bergamo*, collatio quinta, cap. XLVIII: " praefatus dominus potestas et eius iudices et consules iustitiae et etiam domini consules mercatorum, et etiam magnificus dominus capitaneus ...teneantur et debeant creditores ipsius fugitivi ...ponere in possessione et tenuta bonorum et rerum dicti fugitivi... et in ea tenuta et possessione eos mantenere et deffendere „.

(3) V. Lattes, *Legisl. stat.*, pag. 341-342 e statuti ivi citati.

(4) V. Lattes, *Legisl. stat.*, pag. 375, nota 14 e statuti ivi citati.

anche secondo che si tratti di beni immobili o di mobili o di somme pagate in estinzione di crediti. Sebbene, in conseguenza del principio, che dovevano essere restituiti alla massa i beni uscitine durante il periodo sospetto, ne derivasse l'annullamento o la revoca degli atti giuridici, in virtù dei quali le cose (immobili, mobili, somme di denaro) erano state trasmesse a terzi, pure l'istituto statutario del periodo sospetto differisce dalla revoca del diritto romano sostanzialmente in queste: che veniva considerato più come un *effetto retroattivo* dato allo spossessamento fallimentare che come un'azione di nullità o di risarcimento (1).

Allo stesso concetto, di rivendicare al patrimonio del fallito tutto ciò che effettivamente ne fa parte, s'ispira il trattamento particolarmente severo fatto ai parenti del fallito. Presumendosi che i figli, ascendenti e fratelli del debitore, i quali convivono con lui, siano suoi soci, e che i loro beni siano comuni anche al fallito, si estendono anche ad essi gli effetti del fallimento, sopratutto nel senso che anche i loro beni siano riuniti alla massa e destinati al soddisfacimento dei creditori (2). Si ammette così il principio

---

(1) V. per es. lo *Statuto dei mercanti di Bologna*, rub. LXXI: " Item per obviare che le malitie et fraudi non si possano commettere per alcuno che volesse difendere i bieni di quello cessante come suoi, provediamo, statuimo et ordiniamo, che tutti i bieni immobili tenuti et posseduti per quelli cessanti fuggitivi o falliti al detto tempo, s'intendano esser suoi, et come suoi debbiano tra i creditori... partiri ". Analogamente *Statuti Bergamo*, coll. V. rub. XLVII; Kohler, *Leitfaden*, pag. 127, ricollega direttamente queste disposizioni all'azione revocatoria del dir. romano.

(2) Perciò in qualche statuto è detto in modo esplicito che contro tali parenti si procede *realmente* e non *personalmente*. V. per es.: *Statuti di Bergamo*, coll. V, rub. 51: " Item quod filii et fratres, qui cum eis [sc. fugitivi] stant ad unum panem et unum vinum, et fratres et socii eiusdem negociationis ipsam negociationem exercentes, et omnes alii discendentes talium fugitivorum teneantur et astricti sint in solidum creditoribus et contra eos et quemlibet eorum possit et debeat procedi realiter tantum et non personaliter quemadmodum contra fugitivos possit procedi ". V. anche rub. LIV e LIX. La ragione di questo trattamento fatto ai figli del debitore è chiarissima nel *Costituto Senese del 1262*: " Et si ille talis civis Senensis vel de iurisdictione, qui aufugerit cum avere civis vel civium Senensium, haberet aliquem filium masculum legiptimum vel naturalem, qui fuisset socius patris, et contrassisset in debito et avere et bonis civium, faciam de eo, tamquam de persona patris ". V. Kohler, *Leitfaden*, pag. 17.

generale, passato nei codici vigenti, della *estensione del fallimento ai soci del fallito.*

Non del tutto uguale è la posizione fatta alla *moglie del fallito.* La quale è considerata non tanto come sua socia, quanto come sua complice nelle frequenti sottrazioni ed occultazioni di beni spettanti al debitore. Pertanto i beni della moglie, che non le siano pervenuti per titolo che escluda ogni sospetto di frode, sono considerati beni del marito e ripartiti fra i creditori (1).

Alle norme numerose e minute, che mirano alla integrazione del patrimonio del fallito, fanno riscontro quelle, in verità assai meno importanti, dirette a tutelare i terzi, i cui beni siano stati coinvolti nello spossessamento fallimentare, o che abbiano diritti reali sui beni del fallito (2). Anche i diritti della moglie sui beni dotali

(1) *Statuto dei mercanti di Bologna*, rub. LXIII: " Statuimo, che se le mogli di tali cessanti o morti, havessero alcuni beni, che non sia della dote o argumento di dote, dato al marito per altri che per lei, per persona che verisimilmente debbia aver dato il detto argumento per parentà, o che non appaia chiaramente esser pervenuto a lei per successione o legato, o ch'avesse innanci il matrimonio contratto con tale cessante o morto. Quelli così fatti bieni siano tolti come bieni del cessante o morto et dati alli creditori ".

(2) Già nella esecuzione singolare il diritto statutario ammetteva la separazione dei diritti spettanti ai terzi sulle cose del debitore: v. gli statuti riferiti da Zanzucchi (M. T.) nel volume *L'azione in opposizione del terzo nel processo esecutivo*, Milano, 1910, pag. 8 e segg. Nel processo di fallimento le norme più precise sono quelle del diritto veneto: *Statuto del 1242*, lib. VI, cap. LXIV: " Intendendo ancora, che niun, con perdition dei suoi beni, debbia alle colpe aliene ingiustamente soggiacere, decernimo, che damò avanti se observi, che se alcuno harà appresso alcun altro, il qual per debiti sia scampato da Venezia, depositato in salvamento o in Station over Volta, o in Banco di Cambio, over per alcun altro modo a nome de Deposito over Salvamento alcune cose sue, over etiamdio chiave de alcuna Volta, ne la qual fossero mercadantie, over qualunque altre cose, et i beni se ritrovino arente il fuggitivo in Casa over Station over Volta, over nel suo Banco. Et colui, che le ha così depositate, o le ha date in salvamento (come è dicto) legitimamente provarà ai Sopraconsoli queste tal cose esser quelle. Dapoi, che per i Sopraconsoli sara fatta diligente examinatione, et ricevuta sopra ciò plena probation, quelle medeme cose, et beni sian con pleno effecto restituidi a quelli, dei quali serà constado quelle esser, exceptuando però plenariamente i denari, che fosser messi per alcun in un alcuno Banco ". L'eccezione per le somme depositate presso i Banchieri è ben giustificata dal fatto che si tratta di deposito bancario, cioè di un tipo di deposito irregolare, in cui la proprietà delle cose depositate passa al depositario. Cfr. La Lumia, *I depos. bancari*, Torino, 1913, p. 51.

sono garantiti, come si è visto più sopra: in qualche statuto subordinatamente alla condizione che essa resti nel Comune e non segua il marito fuggitivo (1).

I creditori, sappiamo, non possono far valere individualmente e separatamente le loro ragioni, ma sono semplicemente ammessi a partecipare al concorso, sulla base del soddisfacimento proporzionale: essi sono organizzati in una collettività, la quale delibera a maggioranza (2). La loro ammissione alle deliberazioni e al concorso dipende dalla verifica dei crediti, fatta, come abbiamo notato, dalla pubblica autorità o sotto la sua vigilanza.

Il soddisfacimento dei creditori avviene in modo proporzionale, sulla base dell'uguaglianza: *per soldum et libram* (3).

Sul principio si ripartivano, per opera della pubblica autorità, direttamente i beni. Questa attribuzione dei beni, in quanto ne conferiva ai creditori la proprietà, era qualificata come una *missio ex secundo decreto* (4). Poi si diffuse, come più semplice e pratica, la vendita, fatta sempre dalla pubblica autorità o dai sindaci da essa eletti o confermati e sotto il suo controllo (5), con la conseguente ripartizione del prezzo.

---

(1) *Statuti di Padova*, cap. *de fugitivis*: " Mulier quaelibet uxor debitoris fugitivi habens meliora et potiora iura, possit vendicare dotem suam et bona quaecumque vindicata tenere, si voluerit remanere et non sequi maritum suum ".

(2) Il principio maggioritario trova le sue più importanti applicazioni in materia di *concordato*, come vedremo in seguito. Ma si tratta di un principio generale, come è riconosciuto esplicitamente da qualche statuto. V. per es.: *Statuto dei mercanti di Lucca*, lib. III, cap. 4: " Item ordiniamo che quello che sarà fatto da due terzi dei creditori in tutti i casi comprenda et obblighi ancora i minori... in modo che mai per alcun tempo il minore fatto maggiore possa contravvenire ne ritrattare le cose fatte ".

(3) Si giunse persino, qualche volta, a negare efficacia ad ogni privilegio od ipoteca: v. *Statuto di Firenze del 1415*, rub. 10: " Unicuique creditori talium cessantium satisfiat per soldum et libram, tam de bonis dictorum cessantium quam de pretio redacto ex venditione ipsorum bonorum, nec alter alteri praeferatur ratione alicuius ipothecae tacitae vel expressae; aut ratione pignoris, aut privilegio cuiuscumque personalis seu realis actionis, vel mixtae. Sed omnes sint aequales, quibuscumque privilegiis vel prerogativis temporis vel actionis non obstantibus ".

(4) V. sopra, pag. 207 nota 3 e pag. 208 note 1 e 2.

(5) V. sopra, pag. 207

76. Le origini dell'istituto del fallimento, che, si è veduto più sopra, sorse, al pari della esecuzione speciale, dalla esecuzione mediante costringimento della volontà, spiegano un'altra importante particolarità dell'istituzione, il suo carattere rigorosamente penale. Infatti, nella legislazione statutaria, la procedura generale e collettiva di esecuzione sui beni, in virtù della quale il fallito è spossessato del patrimonio, e questo viene destinato al soddisfacimento dei creditori, non ha, nella disciplina giuridica del fallimento, la importanza preponderante, o addirittura esclusiva, che ha nel diritto moderno. Invece, non meno della procedura esecutiva, si presentano come conseguenza capitale del fallimento tutte le varie e numerosissime pene, incapacità, decadenze, che colpiscono il debitore insolvente.

Anzitutto contro il debitore insolvibile è decretato l'*arresto*, provvedimento in sè di natura conservativa, ma che è anche mezzo efficace di costringimento della volontà. In qualche statuto è ammesso che l'arresto possa essere eseguito direttamente dai creditori, salva sempre l'immediata consegna alla pubblica autorità (1); ma di regola l'arresto è eseguito dagli ufficiali pubblici e l'arrestato viene detenuto nelle carceri del Comune (2).

Inoltre, contro i debitori fuggitivi è pronunciato il *bando* (3), per

(1) *Statuti di Bergamo*, collatio V, cap. XLIV: " Et si aliqui fugitivi capti sunt, vel eorum bona accepta per aliquos creditores vel eorum nuncios, teneantur et debeant ipsi creditores vel eorum nuncii talem fugitivum captum... consignare vel notificare infra tertiam diem coram D. Potestate vel iudicibus suis ".

(2) *Statuto dei mercanti di Bologna*, rub. XXXVIII: " Et se quel tale che così comparisse non desse, come è detto di sopra, sufficiente sigurtà, sia messo nelle prigioni del Comune di Bologna. Dalle quali ello non sia rilassato, se prima non sitisfarà alli suoi creditori, o con lui rimarrà in concordia, o consentiranno, che sia rilassato "; *Statuti di Modena del 1546*, lib. II, rub. 66: " Statuimus, et ordinamus quod quilibet sive civis, sivi comitatinus sive forensis qui non possideat bona immobilia sufficientia ad satisfactionem debiti vel pacti, seu rei petitae, si dicetur vel iurabitur suspectus et fugitivus possit et valeat capi, detineri et in carcerem Com. Mutinae poni ". Sulle modalità dell'arresto v. Lattes, *Legisl. stat.*, pag. 329.

(3) *Statuti di Bergamo*, coll. V, cap. LII e LIII: " Item, quod praedicti fugitivi habeantur pro exbannitis maleficii et furti de civitate et districtu Bergomi. Et omnis iniuria data et facta in persona talis fugitivi banniti, prae-

cui essi sono posti fuori della legge, è permesso a chiunque di offenderli ed è vietato a tutti di dar loro asilo e ricovero. Alcuni statuti, perdurando la contumacia, sanciscono anche la *pena di morte* (1). Altri comminano la *tortura*, per costringere il debitore a pagare (2).

Infine, i falliti sono soggetti a una quantità di sanzioni minori: perdita della cittadinanza e di ogni ufficio e beneficio nel Comune (3); incapacità ad esercitare il commercio, esposizione dell'effigie sulle pareti dei pubblici edifici, poscia divenuta semplice iscrizione in un apposito albo (4): sottoposizione a pubblici segni di infamia, come il portare, per scorno e dileggio, un berretto di un colore particolare, per lo più bianco o verde (5).

Tutti questi provvedimenti rigorosi, in cui non si può disconoscere, accanto al carattere penale, anche quello esecutivo, sono andati, in seguito, nello svolgimento dell'istituto, man mano attenuandosi: ma in molte legislazioni moderne, come la francese e l'italiana, ne permangono tracce profonde. A tali provvedimenti, che colpiscono il fallito nella sua persona, è dovuta l'idea, in queste

---

terquam de morte, perpetuo remaneat impunita... Item quod aliquis de civitate vel districtu Bergomi... non audeat nec praesumat tales fugitivos... albergare nec receptare in domibus suis „. Così anche *Statuto di Firenze*, lib. III, rub. 1; *Statuti dei mercanti di Bologna*, rub. LVI.

(1) Per esempio, lo *Statuto dei mercanti di Bologna*, rub. LII: “ et se perseverando nella contumacia rimarrà nel detto bando et che pervenisse nelle mani d'alcuno ufficiale del Commune di Bologna, sia apicato per la gola „.

(2) *Capitula mercatorum di Lucca del 1308*, rub. 46: “ cogatur variis ed diversis generibus tormentorum, donec satisfecerit creditoribus „. Cfr. Kohler, *Leitfaden*, pag. 16-17, nota 10.

(3) *Costituto Senese del 1262*, distinctio II, cap. LXXIV: “ Et si quis Senensis fugerit de civitate Senarum vel cessaverit cum avere alterius, vel fugit vel cessavit... in perpetuum non possit esse civis vel habitator Senensis „; *Statuti di Padova*, tit. *de fugitivis*: “ Fugitivus autem... intelligatur esse et ipso iure sit infamis et privatus omni privilegio commodo et honore et gaudere non possit aliquo beneficio stante Communis Paduae „.

(4) Lattes, *Legisl. stat.*, pag. 324.

(5) Cfr. Kohler, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, pag. 48; *Statuti di Ferrara del 1567*, lib. II, cap. 133: “ Et teneatur tunc ipse impetrans obtenta cessione vel induciis praedictis portare continue in capite unum biretum album cum signo vulpis coloris crocei decoperto et apparenti in quolibet quarto latere dicti bireti „.

legislazioni tuttora persistente, che l'istituto del fallimento non si esaurisca in una procedura di esecuzione generale e collettiva, ma abbia un carattere strettamente *personale*: presupponga perciò non solo un *patrimonio*, su cui possa aver luogo la espropriazione, ma anche una *persona*, a cui possano applicarsi le sanzioni penali.

77. La estrema severità del trattamento fatto ai falliti spiega il sorgere di alcuni istituti diretti appunto a sottrarre i debitori dalle rigorose conseguenze personali del fallimento, fra cui principali il *concordato* e il *salvacondotto*.

Sebbene già nel diritto romano, come si è visto, il *pactum ut minus solvatur* offrisse una forma embrionale di *concordato*, pure questo istituto storicamente trova le sue origini solo nel diritto statutario. Il quale, in questo punto, non si riallaccia punto al diritto romano, ma consolida, disciplina ed elabora un istituto giuridico sorto essenzialmente dalla consuetudine medievale.

La necessità pratica, che determinò tale consuetudine, fu, appunto, il grande rigore di sanzioni comminate contro i falliti, che doveva spingere, naturalmente, i debitori a trovar scampo in un accordo coi creditori. Gli statuti attestano chiaramente questa funzione del concordato (1).

Il concordato può essere dal debitore stipulato anche con la maggioranza dei creditori: il principio maggioritario, che regola tutte le deliberazioni della collettività dei creditori, trova qui la sua più importante applicazione. Si richiede una maggioranza speciale: qualche volta dei due terzi dei crediti (2); qualche altra di due

---

(1) *Statuti della mercanzia di Brescia del 1429*, rub. 102: " Item quod si tales fugitivi se concordaverint cum creditoribus suis infra duos menses postquam fugam arripuerint, eximantur et ab omnibus bannis et condemnationibus habeantur pro exemptis et liberis „; *Statuti di Ravenna del 1471*, rub. LVI: " Volentibus humanitatibus hominum subvenire, qui propter debito a creditoribus suis vexantur et non habentes unde solvant opportet in carceres intrare et sic miserrimam vitam ducere... „.

(2) *Statuti dei mercanti di Bologna*: " et facia la magiore parte di creditori lo cumulo de li creditori in summa e il numero de le persone... poi che sarà dichiarato chi e quanto ciascuno debbia avere quilli che debbono avere le due parti del cumulo del debito costituiscano e se intendano essere la magiore parte „.

terzi dei crediti e dei creditori (1); qualche altra dei tre quarti e perfino dei sette ottavi in somma (2). Al voto non sono ammessi che i creditori chirografari; sono esclusi i privilegiati ed ipotecari (3).

L'accordo può contenere o semplici dilazioni o riduzioni dei crediti: è però escluso un trattamento di favore per alcuni creditori. Tutti debbono seguire la stessa sorte; il principio dell'uguaglianza, che domina l'istituto del fallimento, vale anche per il concordato (4).

Il concordato si fa, di regola, con l'intervento della pubblica autorità, sia per la conclusione, sia per l'omologazione (5).

Si trova già, nel diritto statutario, conosciuto e regolato il *concordato preventivo*, stipulato *prima* della dichiarazione di fallimento; e non solo il concordato preventivo *amichevole*, ma il concordato

---

(1) *Statuti di Firenze del 1415*, lib. III, rub. 6: " Et possint etiam dicti Syndici seu duo partes eorum, de voluntate tamen duarum partium ad minus pro numero personarum et pro modo et quantitate crediti... componere et pacisci, compositiones et pacta et concordiam facere ".

(2) *Statuti di Padova*, rub. *de fugitivis*: " Et prout creditores omnes, vel ex quattuor saltim tres partes ipsorum attenta quantitate debiti et non personarum, erunt in concordia... "; *Statuti di Genova*, lib. IV, cap. VII: " Si creditores alicuius rupti convenerint cum eo et accordium firmaverint et concurrant septem octavae partes creditorum, reliqua octava possit per magistratum includi in dicto accordio... et partes creditorum intelligantur semper de quantitate crediti et habito respectu ad quantitatem crediti, non autem ad numerum creditorum ". Altre particolarità in Rocco, *Concordato*, pag. 46 e segg.

(3) *Statuti di Genova* cit.: " Excludantur semper, et exclusi intelligantur creditores habentes pignus, ipothecam vel fideiussionem ".

(4) *Statuti di Genova* cit.: " Si vero aliquis ex creditoribus, qui in accordio consensisset, haberet a debitore meliorem conditionem... cadat ipso iure in obligationem solvendi pro dicto debitore omnibus aliis creditoribus supra plus ab accordio usque ad complementum debiti principalis... ad quam integram solutionem remaneat etiam obligatus insolidum debitor, non obstante quietatione et accordio secutis "; *Statuto dei mercanti di Lucca*: " et se chiaramente si provasse che alcuno dei detti creditori, i quali havessero consentito et fatto tale accordio havesse per modo alcuno havuto qualche vantaggio più degli altri creditori, tai creditore cade da ogni ragione del suo credito et niente più per l'avvenire domandar possa dal suo debitore predetto di quello che restasse havere, et oltre ciò sia tenuto rendere et restituire indietro tutto quello che del suo credito riscosso avesse ".

(5) *Statuti di Padova*: " Et prout creditores... erunt in concordia et sponte facere volent, ita per dominum potestatem seu vicarium eius pronunciet "; *Statuti Veneti: Consulta ex authenticis*, n. 19 e 30.

preventivo *giudiziale* o *di maggioranza*, concluso dietro convocazione dei creditori fatta dalla pubblica autorità a richiesta del debitore dissestato (1).

Per permettere al debitore fuggitivo di ritornare e a quello arrestato di uscire dal carcere, allo scopo di venire a trattative coi creditori per la conclusione di un concordato, si introdusse nella pratica l'uso di concedere al fallito un salvacondotto, detto di solito *fida, affidatio*, per un tempo variabile, da quindici giorni a due anni (2). Per effetto del salvacondotto il fallito era libero dal carcere; poteva quindi, se fuggitivo, tornare nel Comune senza esser molestato. Pendente il termine del salvacondotto il debitore non poteva compiere alcun atto che implicasse alienazione o vincolo del patrimonio (3).

78. L'istituto del fallimento, sorto nelle legislazioni statutarie italiane, e da queste esposto con ampiezza e precisione, si diffuse rapidamente per tutta Europa, per effetto della influenza del ceto commerciale italiano e della nostra letteratura giuridica (4). La sostanza dei principî e delle regole elaborate dal diritto statutario è rimasta inalterata attraverso le trasmigrazioni fatte dall'istituto per tutta Europa, e informa, anche oggi, le legislazioni vigenti. L'opinione del Kohler, infatti, che i principî del fallimento italiano siano stati profondamente modificati per opera della dottrina spagnuola e precisamente di Salgado de Somoza, giurista spagnuolo

(1) *Statuto dei mercanti di Lucca*, libro III, cap. 11 (di quelli, che dessero lo stato per non fallire). Vedilo riportato nel mio volume: *Il Concordato*, pag. 74.

(2) Lattes, pag. 336.

(3) *Statuto di Padova*, rub. *de fugitivis*: " Dominus Potestas Paduae ex officio suo (etiam nullis requisitis creditoribus) possit affidare omnes et singulos debitores fugitivos et salvum conductum facere cuilibet debitori fugitivo sub termino unius mensis, vel duorum etiam mensium et plus si voluerit... Pendente vero salvoconductu possit debitor ille venire secure morari, et recedere pro eius libera voluntate et tractare concordiam et pacta cum creditoribus suis. Et non possit interim ipse debitor habens salvum conductum carcerari vel detineri ad instantiam creditorum suorum vel alicuius eorum, dumtamen durante termino salvi conducti nihil a debitoribus suis exigat, aut contrahat, vel distrahat, vel aliquid faciat, quod esset in praeiudicium creditorum suorum ".

(4) L'osservazione è del Kohler, *Lehrbuch*, pag. 15.

del secolo XVII (1), è, a mio avviso, infondata. Il carattere ufficioso della procedura, la consegna del patrimonio al magistrato, la nomina di un amministratore, fatta dal tribunale su parere della maggioranza dei creditori, sono tutte caratteristiche del fallimento italiano. La sola differenza notevole tra l'esposizione del giurista spagnuolo e le norme dei nostri statuti sta nella maggior complicazione, pesantezza e pedantoria di quello, che scriveva sotto l'influsso di una pratica più pedantesca e assai meno agile ed aderente ai fatti. Differenza, questa, troppo esteriore e troppo poco significativa, per attribuire all'opera spagnuola pregio di originalità in confronto di quella limpida, semplice e spontanea delle consuetudini e degli statuti italiani.

(1) KOHLER, *Lehrbuch*, pag. 24 e segg.; *Leitfaden*, pag. 25 e segg.

INDICE

TITOLO PRIMO

INTRODUZIONE

Il fallimento e il diritto del fallimento.

CAPITOLO I.

Il fallimento dal punto di vista economico.

CAPITOLO II.

Il fallimento dal punto di vista del diritto privato e del diritto processuale.

§ 1. — L'obbligazione e la sua realizzazione.

§ 2. — La realizzazione dell'obbligazione e il diritto del creditore sul patrimonio del debitore.

ART. 1. — *Concetto e natura del diritto del creditore sul patrimonio.*

TITOLO SECONDO

Svolgimento storico del diritto del fallimento

(Le origini).

CAPITOLO I.

Il diritto Romano.

CAPITOLO II.

Origini del processo di fallimento nel medio evo.